



IL

DRITTO CIVILE

SPIEGATO

SECONDO L'ORDINE DEL CODICE.



DELLA VENDITA.

IL

DRITTO CIVILE

SPIEGATO

SECONDO L' ORDINE DEL CODICE.

DELLA VENDITA

O

COMENTO DEL TIT. VI DEL LIBRO III DEL CODICE CIVILE,

del Signor Troplong,

CONSIGLIERE ALLA CORTE DI CASSAZIONE, GIA' PRESIDENTE ALLA CORTE R. DI NANCY.

PRIMA TRADUZIONE ITALIANA
ESEGUITA SOPRA L' ULTIMA EDIZIONE DI PARIGI
CORRETTA DALL' AUTORE.



LIVORNO,
PRESSO GIUSEPPE MIGLIARESI
1841.

PREFAZIONE.

Inconveniens erit, illotis, ut ita dixerim, manibus, protinus materiam interpretationis tractare.
(*Caius*, L. 1. D. de Orig. Juris.)

SOMMARIO.

1. Si confuta il pregiudizio, che Pothier nulla abbia lasciato da fare ai moderni circa la Vendita e gli altri contratti trattati da esso. Punti principali nei quali le sue dottrine oggidì sono fuor d'uso. Suoi pregii e difetti.
2. Perchè l'autore abbia prescelta la forma del comento.
3. Il codice civile è superiore al dritto comune. Spiegazione di questo giudizio.
4. Osservazione critica rispetto ai lavori preparatorii del codice civile, e con quale intendimento faccia d'uopo usarne.
5. Pericoli dei giudicati, e non pertanto utilità di studiarli. Osservazioni intorno al grado di autorità loro dovuta.
6. Utilità delle leggi Romane, degli autori antichi, e di molte scienze accessorie per corroborare lo studio della giurisprudenza.

1. La parte del codice civile che Toullier non ha trattato, e sulla quale io intendo dar fuori una serie di comenti, è quella la quale somministrò già a Pothier la materia di quei molti trattati, che sì popolare renderono in Francia il suo nome. Pothier ha avuto la gloria di cooperare alla formazione del codice civile, in quel modo stesso che Papiniano, Ulpiano, ed altri grandi giureconsulti di Roma formarono le Pandette di Giustiniano. E però molti buoni ingegni tengono per fermo, che il miglior comento possibile dell' ultima parte del codice sia pressochè fatto d' innanzi, e tutto si trovi per entro le opere di Pothier.

Questo pregiudizio (io non saprei chiamarlo altrimenti) non mi rattenne dall' accingermi con ardore alla opera mia. L'esito di essa può derivare da cagioni diverse, delle quali io non sono buon giudice; ma contro la opportunità della medesima io non ammetto eccezioni di sorta. Pothier, nonostante il suo genio elevato, non riuscì a segnare i confini della scienza. Quarant'anni di rinnuovazione sociale, fecondi di nuovi interessi, e di codici destinati a proteggerli, vengono a frapporsi tra il suo secolo e il nostro. Il progresso, presente dovunque, si è insinuato anche nella giurisprudenza, e la scienza delle leggi si è purificata in una rivoluzione, che altrove potè forse accumulare troppe rovine, ma che per essa fu epoca di creazione, o di perfezionamento. Ora per certe teorie, opposte assai spesso a quelle che le precedettero, l'inter-

pétre contemporaneo si fa necessario. Abbiamolo in mente! il codice non fu formato sempre dell' altrui; esso ha pure una sembianza sua propria, e profonde innovazioni debbono farci attendere a non confondere i tempi.

Una delle prime regole, che io rinvengo nel *contratto di vendita* di Pothier si è, che il venditore non è astretto a rendere il compratore proprietario. Affinchè il contratto di vendita abbia tutti gli effetti, basta che il compratore goda la cosa pacificamente. Poco monta che egli abbia soltanto un godimento di fatto, e il dritto di proprietà si trovi appartenere ad un terzo, finchè egli non viene turbato, non può innalzare la voce, e rimproverare al venditore l' inadempimento delle sue obbligazioni. Donde conseguenze gravi e moltiplici; la vendita della cosa altrui addiviene lecita e logica; la tradizione ad un mero fatto riducesi; l' azione del compratore rimane impedita dal silenzio del vero proprietario, il quale aspetta senza rinunziare. Bisogna che egli paghi il prezzo ad onta del pericolo del dritto rivale, il quale può tosto o tardi incominciare la lotta ec. ec. (1).

Ma sotto il codice civile il sistema non è più lo stesso, e più ragionevoli principii governano il contratto di vendita. Il compratore deve essere investito anche della proprietà. Quel venditore che non trasferiscela, trasgredisce la legge del patto; e se il possesso, per quanto momentaneamente pacifico, non ha per compagno un potere indiviso sulla cosa, un dritto di proprietà atto a rimuovere colla sua pienezza ogni pericolo avvenire, la vendita si rimane senza gli effetti, e può essere disciolta. Qui la novità è grande davvero. Il dritto viene surrogato alla potenza del fatto; una delle principali basi del lavoro di Pothier cade a rovescio. Qui dunque l'autorità di questo giureconsulto è inammissibile affatto; e vedremo come abbia fatto traviare la corte di cassazione essa pure (2).

Al dire di Pothier (3) l' obbligazione non trasferisce mai la proprietà; essa senza dubbio somministra un' azione onde ottenere la cosa, ma non può di pieno dritto trasferirne il dominio. Per conseguire questo effetto fa di mestieri che la tradizione susseguala, atto cotanto importante nell' antico dritto. Quindi il compratore non addiviene proprietario che mediante la tradizione. Tra due compratori della medesima cosa, la preferenza si accorda alla data della tradizione, non già a quella del contratto; poichè la vendita non produce l' *jus in re*. Il compratore altro non ha che un' azione meramente personale, appoggiata all' *jus ad rem*, ed unicamente esperibile contro del venditore medesimo, e giammai contro il terzo che sia possessore. È questa la seconda base del trattato di Pothier sul *contratto di vendita*.

Ma dacchè il codice civile, dando alla volontà quel potere che l' è dovuto nella legislazione di un popolo colto, ha cessato di ritenere il fatto materiale della tradizione siccome elemento della traslazione della proprietà, e dal solo consenso delle parti feco

(1) Altre conseguenze furono dedotte già da Cujacio, che possono vedersi nel mio Comento sulle Ipoteche art. 2180 n. 851 e seg. Partendo da questo principio si va molto lungi.

(2) Pothier, *Vente* n. 263.

(3) Il quale d' altronde altro non fa che ripetere i principj del dritto Romano, e dell' antico dritto Francese.

dipendere l' acquisto della cosa, la vendita produsse effetti più grandi; ne nacque l' *jus in re*; l' azione *ex empto*, assunse l'indole di reale, e rispetto ai terzi il compratore fu tenuto come proprietario per domandare il rilascio dell' immobile che non gli era stato per anche consegnato. Da quel tempo le dottrine di Pothier si dovettero riporre tra le idee, il tempo delle quali passò, e questa scorta cotanto sicura per ordinario, in questo punto al leggitore non offerse che vane ed inapplicabili teorie. Ma è tanta la forza di un gran nome, che fino negli errori esso conquista fiducia; e più Pothier deducendo nell' antico dritto i principii riferiti da me ebbe ragione, più rinvenne nel nuovo, che pertanto gli ha altamente proscritti, chi credulo accolseli. Ond' è che noi udiamo quotidianamente ripetere che l' azione *ex empto*, è personale del tutto, e che gravi autori, per esempio Carré, ricavano da Pothier definizioni, le quali altro non sono oggidì che manifeste menzogne al cod. civile (1).

Continuando a ravvicinare alcuni termini di confronto, io trovo la materia della costituzione in mora, nella quale il codice discorda dall' antico dritto e da Pothier organo suo principale; quella delle clausole resolutive espresse, ingombra già di finzioni, e renduta dal codice alla verità; quella delle vendite a saggio, oggi stabilita sopra idee opposte ai dettami di Pothier (2); la teoria della tradizione (3), e quella delle colpe contrattuali (4), rifusa ed appurata dal codice; l' affitto, che tra le mani dei compilatori del codice è divenuto un dritto reale, inerente alla cosa in qualsivoglia mano faccia essa passaggio (5); il contratto di società dilatato a cagione dell' impulso dato alla industria ed alla agricoltura, e che nello spirito di consorteria rinvenne nuove e sagaci combinazioni; il contratto d' imprestito che sciolto dai vincoli del dritto canonico, raddoppia i suoi sforzi per aumentare le sorgenti del credito; il contratto di vendita che a contatto con un sistema ipotecario pressochè nuovo, e con un più celere movimento della proprietà, la quale in mille mani si suddivide e si smembra, dà vita ad impreviste, interessanti e malagevoli quistioni (6) ec. ec. Io credo inutile di portare più innanzi questo confronto, e tengo ormai per provato, che se a taluno potesse farsi rimprovero del mancare di opportunità, non sarebbe per certo a chi si studiasse mettere in vista queste differenze e questi progressi. Non già che io miri a dissuadere dallo studio di Pothier coloro che la somma ragione e la semplicità sempre brillante di lui, a buon dritto ne invogliano: disgraziato senza dubbio quel legista, che del continuo non meditasse le istruttive sue opere! Ma guardiamoci bene: per quanto numerose sieno le cose che il codice ricavò da Pothier, in sostanza i sistemi sono però siffattamente di-

(1) Io ho rilevato quest' errore di Carré n. 262.

(2) *Infra*, n. 107.

(3) *Infra*, n. 267 e seg.

(4) *Infra*, n. 361 e seg.

(5) Art. 1743.

(6) Per esempio quella, se il venditore, dopo di non avere ottenuto collocazione nel giudizio di ordine, possa domandare la risoluzione del contratto (n. 621); se quando l' immobile fu subalienato, il venditore possa domandare la risoluzione contro tutti i subacquirenti, o solamente contro di alcuno, oppure contro il suo acquirente in possesso di una porzione della cosa (n. 642 e 655).

versi, che necessario si rende di subalternamente parlarne, e segnare una linea di divisione tra ciò che è, e quello che cessò di essere la norma degli attuali interessi.

Poscia, nel dedurre quei principii che alle rivoluzioni sopravvivono, e sono antichi quanto il dritto istesso, Pothier non fu sempre ugualmente felice. Alcune delle sue opinioni possono essere diversamente considerate, e le sue dottrine soggette talvolta a controversia. Giovandosi dei preziosi lavori dei grandi giureconsulti del XVI secolo, superiori ad esso nella invenzione, ma che egli appieno conosceva, spesso ei ricoperse delle forme metodiche ma aride alquanto, dal XVIII secolo avute in onore, l' originale ed incisiva loro robustezza. Finalmente, può rimproverarsi a Pothier uno stile negletto e snervato, e mediocre cognizione d' istoria (1): la sua filosofia denota meglio l' uomo dabbene che il pensatore; e privo di sistema ampiamente immaginato, talora troppo stoico si mostra coi giureconsulti Romani (2), e talora troppo casuista coi padri della chiesa (3). Io ardisco dunque dirlo; nei luoghi da esso percorsi vi è pur anco qualche cosa a raccogliere (4); e così liberamente favellando di uno dei giureconsulti che formano la gloria della Francia, io altro fare non intendo che stimolare atleti di me più valenti a sottoporsi all' impresa, e vincere quei pregiudizii che mirano a trattener ferma la scienza. In Pothier ammiriamo il criterio sicuro, la logica schietta e precisa, la chiarezza che mai vien meno, il talento meraviglioso per allettare alla scienza, e renderla popolare. Dal lato della potenza a diffondere, Pothier sarà sempre il primo nostro giureconsulto; egli è l'apostolo, il propagatore della scienza. Ma la elevatezza sua non tolga di animo coloro che gli verranno appresso.

2. La forma che nel mio lavoro prescelsi è il comento. Non a tutti i numerosi leggitori, cui un' opera di dritto è destinata, questo metodo sarà per riuscire gradito. Toullier, Duranton, ed altri lo hanno schivato, adottando una forma mista, assai somigliante alle interpetrazioni o recitazioni da Voet, Perez ec., date sopra ogni titolo delle Pandette o del Codice. Chabot, comentato che egli ebbe il titolo *Delle successioni*, pentissene: egli aveva in animo di riformare l' opera sua sopra un piano novello, seguendo la forma del trattato. Spesso mi è occorso di udire: *e' non è che un comento* (5). Nel comento gli uni non veggono che uno schizzo destinato a ricevere glosse fuor di proposito, e pesanti inutilità (6); altri respinsero il comento, stimandolo distruggitore di ogni ordine e di ogni piano metodico. Havvi finalmente chi altra scienza non vuole, che quella dei dizionarii: la vista di un comento gli spa-

(1) Questo rimprovero gli venne fatto, allorchè pubblicò le sue Pandette, per ragione del titolo *de origine juris*.

(2) *Infra*, n. 413.

(3) Si veggano le sue distinzioni tra il foro interno, e l' esterno.

(4) Toullier lo ha provato col modo in cui ha trattato delle Obbligazioni.

(5) Gazette des Tribunaux 2 Aprile 1827.

(6) Confesso ingenuamente, che più di una prova potrebbe confortare questo rimprovero, nè mi oppongo a chi ride a spese di quell' interpetre, il quale intorno a certa disposizione del dritto canonico che incomincia con queste parole, *Ad aures nostras pervenit*, stimò utilissimo di fare questa osservazione: *Nota quod papa habet aures! Avverti che il papa ha orecchi.* Ma in questo mondo dove mai non entra l' abuso?

venta, e le pazienti loro investigazioni, altra guida non conoscono che la lettera dell'alfabeto.

A me queste opinioni non incussero timore. Senza abbandonare giammai il testo che spiega, il comento sviluppa ogni più interessante teorìa: ravvicinando alla legge le opinioni degli autori ed i giudicati dei tribunali, il commentatore ne determina il valore, sopra quell' inflessibile testo che gli serve di bussola. Egli scruta il profondo pensiero contenuto in ogni parola; naturalmente, senza sforzo e senza raggiro risale alle origini, e colla scorta della istoria, illustra i precedenti e la ragione della legge. Io amo vedere il commentatore ravvolto tra questi ostacoli, dai quali l'autore di un trattato si compiace riconoscersi libero; avvegnachè l'ultimo scegliendo liberamente quel piano che più gli arride, scosso il giogo delle classazioni adottate dal legislatore, troppo agevolmente vada persuadendo a sè stesso, che suo, esclusivamente ad ogni altro, è il terreno sul quale affaticasi; egli è più inchinevole a scordarsi del testo che non ha sotto gli occhi, ed a surrogare ai sistemi che la legge sanziona quelli che essa proscrive.

Un esempio gioverà a provare ciò che asserisco. Ogni legista istruito conosce il trattato di Menochio *De præsumptionibus*, e quello del cardinale Mantica *De conjecturis*. È impossibile ritrovare altrove maggiore erudizione che in queste due opere, dove ogni caso sembra preveduto, e dove scorgonsi con iscrupolosa precisione citati i più famosi giureconsulti, come gli autori oggidì più sconosciuti. Non pertanto quanti rimproveri la sana critica non ha ella diretti a questi dottori! quante arguzie e congetture arbitrarie! quale laberinto di presunzioni per porre a tortura la verità, col pretesto di farla evidente! E, non citando che un fatto tra mille, non è a questi dottori ed alla loro sfrenata immaginazione che fa d'uopo attribuire l'importanza di quei *fidecommessi congetturali*, i quali convertivano in sostituzioni le disposizioni tutte testamentarie, idra dalle cento teste, sconosciuta negli schietti principii del dritto Romano, e fonte di tanti litigii, allorchè D'Aguesseau coll'ordinanza del 1747 le diede il colpo mortale? Ma qual fu mai la cagione dei traviamenti di questi uomini d'altronde cotanto distinti? Senza dubbio si eccederebbe, qualora tutti esclusivamente si riferissero al metodo che quelli adottarono. Ciò nondimeno non vi fu esso straniero; perchè rendendoli intenti a sviluppare una idea entro vasti confini, più favore concedette allo spirito di sistema, che allo studio dei testi, più impero alla immaginazione, che al ragionamento rattenuto dal freno della legge.

Io comprendo il vantaggio di un trattato sulle materie le quali non furono composte in un codice, per esempio, sulla rinunzia, le nullità, i figli naturali ec. In tal caso fa di mestieri che l'autore, per così dire, proceda creando. Ma quando la legge ha manifestato il suo pensiero mediante una serie di disposizioni, le quali si uniscono e si accordano, ed alle quali lo studio del giureconsulto deve tutto riferire, in un trattato allora io altro non veggo, che il disordine introdotto nel lavoro del legislatore; che la inutile ed irragionevole divisione di un'opera la quale bisogna necessariamente conoscere nella primitiva sua forma; che una meschina rivalità di amor

proprio, per dimostrarsi più abile di coloro che compilarono il codice, a classificare e dividere una materia.

Allorquando col soccorso dei loro comenti, gli interpetri del dritto Romano ebbero illustrato l' immenso *corpus juris*, la scienza provò il bisogno di raccogliere queste ricchezze sparse per entro innumerevoli volumi, e di usare il metodo dogmatico, onde in uno stesso punto di vista mostrare tutto ciò che di precetti e di difficoltà ogni materia conteneva. D' onde quei numerosi trattati, che nei secoli XVII e XVIII tanto più fama acquistarono, perchè il dritto Romano, sebbene fosse il vero fondo della scienza, pel suo disordine e per la grande difficoltà di farvi ricerche, spaventava anche i più operosi. I trattati nacquero dunque da uno sforzo fatto per togliere il dritto dalla oscurità, e sotto qualche rapporto essi furono un progresso; ma ai tempi nostri lo stesso non potrebbe accadere. Per quanto giusti sieno i rimproveri mossi alle grandi classazioni adottate dal codice, questa raccolta delle nostre leggi civili non è meno distinta per la luminosa sua semplicità, e per l' agio che offre di trovare sopra ciascheduna materia il testo che risolve la quistione. Grazie alla chiarezza colla quale fu compilato, non havvi quasi chi non sappia trovare il testo del quale abbisogna; la sede di ogni principio è conosciuta, il codice in somma ha delineato un piano, che nonostante i suoi difetti scientifici, almeno ha il gran pregio della chiarezza, e si può agguagliare ad una carta di geografia, che tutta vi mostra ad un tratto la topografia di un paese. Data questa base, allo scrittore che rimane da fare? Si accingerà egli a rifondere tutto il lavoro, a mutarne l' ordine, a rovesciare da cima a fondo la sede dei principii e delle loro conseguenze, e sotto un dedalo di titoli, sezioni, suddivisioni e paragrafi, nasconderà ciò che il codice senza velo espone a tutti gli sguardi; e tutto per chiamare tale opera col pomposo titolo di *trattato*? Io lo dico convinto; sarebbe questo un errore, e non un progresso, un imbroglio anzichè un raggio di luce. Ogni autore di trattato sarà più oscuro del codice, se vuol seguire altro metodo, o infedele al suo titolo, se acconsente seguire quello della legge. Meglio dunque sarà, non più temere una parola abborrita soltanto da chi soggiace a rancidi pregiudizii, e schiettamente ed altamente anteporre il metodo del comento, il quale ai dì nostri è il solo razionale per spiegare il corpo del dritto Francese, ossivvero una delle sue parti determinata dal codice civile. Se l' esegesi mirabilmente si addice ai tempi nei quali la scienza non è per anche formata, e fa di mestieri trarla fuori dal caos, essa è necessaria altrettanto, quando, mediante i più alti perfezionamenti, allo stato di codificazione pervenne. Con un codice, siccome il nostro si è, quella sarà la sposizione migliore del gius, che dappresso seguiterà la legge scritta, ne trarrà fuori il senso, nell' ordine dal legislatore adottato, e sopra ogni testo stabilirà le interpetrazioni destinate a compirlo.

Del resto, sappianlo i calunniatori dei comenti, Cujacio, quel genio profondo a ragione chiamato il Bossuet della giurisprudenza, altro non fu che un commentatore: una delle opere più insigni dovute a Pothier è il suo Comento sullo statuto di Orléans; ed i più grandi giureconsulti di

Roma, Paolo, Ulpiano e Cajo, scrittori furono di comenti. In ciò forse rinverrassi compensazione agli aspri giudizii, ed alle defezioni di Chabot de l'Allier.

3. Intraprendendo l'accurato esame del codice civile, io non ascondo che l'idea della superiorità sua sopra tutti i lavori di codificazione che lo precedettero, mi ha signoreggiato. Io dirò pure, che il dritto del quale esso è l'espressione, sembrami il più perfetto che fosse scritto giammai, ed il più degno di un popolo civilizzato. Forse questo giudizio farà che taluno esclami sorpreso o discorde. Chi ammira i giureconsulti i quali fecero illustre il secolo di Alessandro Severo, forse non vorrà darmi fede. Ma una parola di spiegazione potrà, io spero, farci concordi (1).

Ulpiano, Cajo, Papiniano ec., per l'eccellente logica loro, e le loro profonde idee, saranno mai sempre gli antesignani della scienza. La brevità delle sentenze, la fermezza loro, la finezza e la sagacità delle loro riflessioni, la potenza della loro mente analitica, superano tutto quello che conosco, nè havvi forse nel codice un solo articolo, che per la precisione, la forza e la bellezza dello stile possa equipararsi agli innumerevoli frammenti che Tribuniano ricavò dagli scritti di essi. Nè soverchio sarebbe mai il plauso, del quale sono meritevoli gli sforzi loro, nel rendere signori del Romano dritto quei grandi, generosi e liberali principii, attinti alla equità naturale, a cui la costituzione di Roma si mostrò lungamente sì chiusa. Ma ciò che essi unicamente tentarono, il codice pienamente adempiva. L'impulso progressivo che eglino impresero, fu con un moto più vivo e più pronto accelerato dal codice. Mentre ai primi pertiene la perfezione dell' arte, la perfezione filosofica, che più ai popoli importa, è gloria del secondo. Tra il dritto trasmessoci da quei giureconsulti, e il dritto contenuto nel codice, vi ha tutta la distanza del politeismo al cristianesimo, dello stoicismo alla morale cristiana.

Io qui non voglio istituire un confronto che abbisognerebbe di molte parole; limiterommi ad indicare alcune osservazioni atte a provare la preferenza da me stabilita.

E primieramente, qual cieco settatore del dritto Romano potrebbe paragonare il principio aristocratico che divideva le persone in servi, liberti e cittadini, a quella eguaglianza di tutti gli uomini, l'idea della quale gittata nel mondo dal Vangelo fu sì fortemente abbracciata dal nostro sistema di dritto civile? È forse rispetto al matrimonio che Roma pretenderebbe il di sopra? Ma chi ignora che questa unione caduta in una sfrenata licenza (2), sfuggendo all' invecchiato politeismo degenerò in una dissolutezza che privolla di ogni dignità, in guisa che una linea ben malagevole a scorgersi la separava dal concubinato? In Francia per lo contrario qual differenza! Il matrimonio non è un vincolo di un istante formato dal capriccio, e che ogni leggiero disgusto discioglie. È una unione solenne, grave, indissolubile. La legge usa di un apparato semplice, ma imponente; ed abbenchè le ceremonie cattoliche sieno divenute puramente volontarie, si conosce però che la purezza dei cri-

(1) V. *infra*, n. 685.

(2) Gibbon, tom. 8, pag. 250.

stiani principii governa tuttora questa legislazione, e ne informa lo spirito.

Che diremo noi della instituzione della patria potestà, la quale anche allorquando si fu raddolcita, permetteva al padre stretto dal bisogno di vendere o dare in pegno il figlio infante (1); di quelle lotte di principii diversi, i quali quasi in due dividendo la persona del figlio di famiglia, rispetto ai beni avventizii lo lasciavano nelle antiche catene, al pari di un vile servo riducendolo incapace di vendere, alienare, ipotecare, testare; ma rispetto ai beni castrensi, e quasicastrensi assomigliandolo al padre di famiglia, e dandogli tutti i dritti degli uomini i più liberi? Qual confusione di elementi eterogenei! quale stento a conciliare il passato coi bisogni del presente!

E la madre di famiglia che il dritto civile collocava in una condizione inferiore anche a quella dei figli, i quali giammai appartenevano alla sua famiglia, e dei quali non poteva divenire tutrice, se non se per concessione del principe (2)! e le donne *sui juris* da un irragionevole sistema sottomesse ad una tutela che Cajo medesimo ravvisava mancante di base legittima (3). Tutto ciò non dimostra egli una filosofia di gran lunga inferiore a quella che signoreggia le nostre leggi, e che umani facendo i nostri costumi, rese la donna alla libertà civile, ed alla sua dignità?

Nella organizzazione della proprietà, trovasi la distinzione delle cose in *res mancipi* e *res nec mancipi*, la quale tragga o no l' origine sua dalle abitudini guerresche dei primi Romani, svela il diuturno predominio di un pr'ncipio aristocratico, tanto sopra le cose che le persone. È ben vero che Giustiniano tolse via una tal distinzione, oggimai diventata bene oscura. Ma sotto di questo imperatore, il vero dritto Romano, anzichè continuare, si muore, ed un' era novella si schiude per la filosofia del dritto. Al codice civile fu dato trarre profitto degli ultimi progressi, cancellando per sempre ogni distinzione non fondata sulla natura, e facendo l' eguaglianza la regola delle proprietà, come delle persone.

Quanto al dritto di successione, quello che nel dritto anti-giustinianeo a prima vista colpisce, si è la confusione introdotta dalla legge, che i pretori ed i prudenti avevano fatta a sè stessi, di tutto riferire alla legge delle dodici tavole, mentre brano a brano la distruggevano. Ad ogn' istante nuove deroghe vengono a falsare le regole che si faceva sembiante di rispettare, sostituendo loro nuovi principii, vuoti di uniformità e di accordo. Tutti gli sforzi per accrescere mediante le analogie il numero degli eredi suoi, per far passare nella classe degli agnati chi tale non era d' origine, come la madre, i suoi figli e nipoti, per assicurare qualche dritto alla classe dei cognati dalla legge delle dodici tavole duramente respinti, tutti questi tentativi senza dubbio rivelano grandi miglioramenti di parti; ma il sistema era un dedalo, ed a Giustiniano è dovuta la gloria di avere rovesciato questo edifizio di novità senza nesso, per fondare sulle basi del naturale dritto una teoria, che il codice attese a render perfetta.

Potrei insistere più lungamente;

(1) Leg. 2, cod. *De patrib. qui filios.*

(2) Nerazio leg. 18, D. *De tutelis.* Ma Giustiniano, novatore ardito, introdusse la tutela della madre e dell' avola. In questo tempo le instituzioni Romane andavano in rovina.

(3) 1 Cam. 190.

potrei far vedere il dualismo perpetuo, che collocava il dritto naturale in rapporto alle più severe istituzioni del dritto civile, come per dimostrare che la fusione tra di essi non era per anco avvenuta: il matrimonio ed il concubinato, la filiazione e l'adozione, il testamento ed il codicillo, la proprietà Romana (*res mancipi*), colla proprietà naturale (*res nec mancipi*); i contratti *stricti juris* ed i contratti *bonæ fidei, etc.* Potrei mettere in vista quella schiavitù delle forme, che assoggettava il consenso e la volontà a formule minuziose; il rigore tirannico delle azioni; l'influenza di una angusta filosofia, la quale ingrandiva a dismisura i doveri (1) e voleva fare dell'uomo uno stoico; ma voglio far fine, perchè dissi abbastanza per dimostrare che le istituzioni civili dei Romani mancano di una primitiva forma, che troppo spesso vi s'incontra la irregolare svariatezza di parti eterogenee, che vennero ad aggiungersi le une alle altre; che la umana equità non vi domina molto, ed è sempre nella epoca di lotta, e non per anche in quella di vittoria; mentre il codice civile presenta tutte le conseguenze del dritto naturale applicato ai privati interessi, riunisce nello stesso giro i progressi tutti della libertà e della uguaglianza, e soddisfa tutti i bisogni di un popolo ingentilito. Forse il codice civile, in sapienza ed in finitezza è vinto dal dritto Romano; ma vi si ravvisa una più nobile semplicità, e più strettamente armonizza col cristianesimo razionale. Manifestamente si vede che l'equità non gli è straniera, lo che non può dirsi del pari della legislazione Romana (2).

Però allato di questi luminosi caratteri del codice civile, riconosciamo esservi nelle sue parti numerosi difetti che fanno ostacolo alla sua applicazione, e che una maggiore attenzione nei suoi compilatori avrebbe potuto schivare. Io mi son fatto una legge di additarli; perchè non sono un cieco ammiratore, ma mi studio di essere imparziale sì nella lode come nel biasimo. È questo oggidì il primo dovere di ogni autore che rispetta i suoi leggitori.

4. Con eguale spirito d'indipendenza io ho tratto profitto dai lavori preparatorii del codice civile. Tra le discussioni al consiglio di stato, alcune sono veri capi-d'opera di dottrina, di sana ragione, di conoscenza dei

(1) L. 35, § 8, *De contract. empt.*, *infra*, n. 413.

(2) Da questo si veda che io ho fede nella esistenza di un gius naturale, superiore all'uomo, e condizione della sua natura sociale. Nulla a me sembra più falso e che più avvilisca la umanità del sistema contrario che Bentham ha rinnovato da Archelao, e che sostiene indifferenti tutte le nostre azioni, allorchè tra gli uomini non vi ha convenzione stipulata per renderle lecite o vietate. A parer mio esistono regole anteriori ad ogni legge positiva, nè saprei ammettere che i moti della coscienza e l'idea del dritto sieno opera del legislatore. Non è la legge che creò la famiglia, la proprietà, la libertà, la eguaglianza, la conoscenza del bene e del male, ec. Certamente ella può organizzare tutto questo, ma allora non fa che agire sulla materia che la natura gli somministra, e tanto più riesce perfetta quanto maggiormente avvicinasi a quelle leggi eterne, immutabili, innate, dal creatore scolpite in ogni cuore. Questo pensiero che io qui accenno di volo, non è puramente speculativo; ma si allega a tutta la nostra esistenza sociale. Se per esempio, volete con Vattel, Mirabeau ed altri pubblicisti, che la proprietà derivi dalla legge, voi ben tosto giungete a quello che chiamasi legge agraria, e alla più odiosa tirannia che esistesse giammai. Se per lo contrario, colla storia e la vera filosofia riconosciamo che la proprietà deriva dalla natura, ed è condizione di ogni società, preesistente a leggi a convenzioni, il proprietario pacificamente godrà il frutto dei suoi sudori, e la miglior legge civile sarà quella che renderallo più libero.

bisogni della Francia, come a cagion d'esempio, quella relativa alla rescissione per lesione nella vendita, quella riguardante l'esenzione dalla iscrizione delle ipoteche legali delle mogli e dei minori, ec. Quel che più d'ogni altro arreca stupore si è la profondità delle osservazioni che sempre escono dalla bocca del primo console, il di cui spirito, per natura filosofico, di gran lunga si mostra superiore a tutti i giureconsulti, dei quali il consiglio di stato componevasi. Dopo di esso io colloco Portalis, capo di una sezione del consiglio, nemico per natura di ogni novità, e avverso alle tendenze di rivoluzione. In questo partito comparisce Bigot, di tutti il più restio, ma di un ingegno colto, di una scienza estesa; Tronchet, ragionatore poderoso, e nella conoscenza delle leggi civili peritissimo; Cambacérès, che suppliva il primo console assente nel presiedere il consiglio, e che a parer mio è d'ordinario debole, esitante, incerto, ed inferiore alla sua fama ed agli ufficii i quali adempiva. Nella classe opposta distinguevasi primieramente Treilhard, sempre pronto a condannare il passato, sempre inchinevole al più radicale sistema, e con una rara prontezza di spirito, ed una potenza di replica ingegnosa e robusta facendosi sostegno della sua falange composta, del Réal, dei Regnauld, dei Cretet, ec., uomini di vario talento, eruditi, eloquenti. Allorchè la discussione si aggira sopra una qualche quistione che interessa l'epoca loro, è curioso il vedere il primo console assumere tra i due partiti la parte del mediatore. Questo incomparabile genio aveva nell'epoca sua ravvisato un tempo di conciliazione e di transazione. Epperò seguitandolo tramezzo alle lotte del lato drittu e del lato manco del consiglio di stato, voi vedrete che con una rara penetrazione, ed uno squisito buon senso egli mai sempre interviene onde proporre un termine medio, onde insinuare nella discussione una equa proposizione, e che colla forza del suo ragiunare vòlto alla conciliazione, d'ordinario egli riduce le opinioni avverse a transigere. Se il codice civile le vecchie idee colle nuove della rivoluzione fece concordi, se in esso traluce quell'eclетticismo che forma la filosofia del XIX seculo, è a Napoleone principalmente che bisogna farne l'onore. Il suo spirito di prudente conciliazione risplende nel codice, al modo stesso che nella riunione delle fazioni politiche, le quali laceravano lo stato.

Ma dopo queste sedute piene di vita e di alte lezioni, quante volte non discendesi in una fastidiosa mediocrità, ed un vuoto desolante? Gravi quistioni si agitano; ma ad onta della importanza loro cadono nella dimenticanza, dove la negligenza del consiglio di stato le lascia tranquille. Risposte che a nulla rispondono, brevi parole senza significato, frasi che senza incontrarsi s'intersecano, idee di rinnuovamento senza vederne conseguenza, riempiono un numero troppo grande di processi verbali, e a mio parere solennemente smentiscono quelli che affermano doversi il miglior comento del codice ricercare nelle discussioni di esso. Ma che sarà mai se vi arrischiate alla lettura dei discursi di apparato proferiti dagli oratori del governo e del tribunato? Mi guardi il cielo dal volerne vietata la lettura alle persone studiose! perchè talvolta, sovente ancora, vi è da cavarne profitto. Ma parimenti quante asser-

zioni gratuite, quanta sterilità di dottrina, quante inutili declamazioni, senza pure eccettuarne del tutto quelle dell' eloquente Portalis, il più filosofo (1) dei giureconsulti che parteciparono alla compilazione del codice! Se dunque io mi feci una legge di non trascurare queste sorgenti contemporanee, e' non fu che con benefizio di inventario, e tenendomi sempre in guardia contro l'errore, il quale troppo spesso le macchia.

5. Maggiore e più immediato è l'utile che dai giudicati ricavasi, offreudo esso al giureconsulto la legge in azione. Per quanto fu in me io feci tesoro dei giudicati delle corti, moltiplicandone le applicazioni, onde sfuggire al rimprovero che agli autori di oltremonte faceva Cujacio: *in re facili multi, in difficili muti*. Ma questo studio più di ogni altro domanda il soccorso dello spirito di analisi, ed una grande indipendenza di mente.

A due cause si possono riferire i pericoli inseparabili dall' uso dei giudicati; da chi li raccoglie, e da chi li pronunzia.

Quanto grave e malagevole sia l'ufficio di chi raccoglie i giudicati, in ogni tempo conobbesi. Non solo vuolsi una intelligenza non comune, una scienza rigorosa e precisa, ma anche il mezzo di verificare le decisioni sopra gli originali loro. Affinchè la storia della causa fosse ben fatta, farebbe di mestieri che il redattore avesse assistito di per sè al giudizio ed alla sentenza, ossivvero ne conoscesse tutti gli atti, e quindi colle sue critiche osservazioni dominasse la quistione. Ma invece è nota a chiunque l'incuria dei collettori di decisioni, e nelle collezioni loro spesso si mostrano esempii di negligenza. Ecco il giudizio severo che il cancelliere D'Aguesseau pronunziava sul *Journal des Audiences*, che però possiede qualità, delle quali son prive le collezioni moderne.

« Il Giornale delle Udienze del parlamento di Parigi non è un sicuro garante dei principii che l' autore di questo giornale colloca nella bocca degli avvocati-generali. Il compendio delle arringhe loro, d' ordinario è mal fatto; sebbene talvolta i principii che gli attribuisce sieno giusti, l'opera non merita per questo una fiducia maggiore, somigliando essa di troppo alle raccolte di questa specie, *le quali sono spesso più autorevoli da lungi che da vicino* (2). »

E più vivi erano i rimproveri che Bretonnier dirigeva ai collettori contemporanei suoi, tra i quali nonpertanto noveravansi magistrati di un merito molto distinto. « *Sulla fede dei collettori di giudicati*, egli diceva, *vi è poco a contare*. Bardet è tenuto per uno dei più diligenti; pure qui egli si è grossolanamente ingannato. Che giudizio si dovrà fare degli altri? Io non so se quello che sono per dire sarà riputato bestemmia. Louet, cotanto stimato al palazzo, ed a ragione, spesso s' inganua. Il più dei giudicati ch' egli cita, è male applicato . . . . . Leprêtre riportando un giudicato citato da Louet istesso, gli dà altro senso, altra data, ed altri nomi alle parti.

« Se due magistrati cotanto illustri, ambedue della stessa camera,

(1) Non vorrei che questa restrizione alla meritata fama dei discorsi di Portalis fosse riguardata come soverchiamente assoluta. Le sue esposizione dei motivi del matrimonio, e quella della proprietà, per esempio, sono veramente degnissime di osservazione.

(2) D' Aguesseau, tom. 8, let. 420.

« ambidue partecipi del giudicato, di-
« versamente lo riferiscono, che do-
« vremo aspettarci dagli altri ? Se
« quelli, dei quali può dirsi, *vos dii estis*, vanno soggetti ad inganno,
« che diremo mai dei mortali? (1) »

Oggidì che ai giudicati fanno corredo i motivi, sembra che più agevolmente possano i collettori afferrarne il vero senso, e renderlo eguale. Numerosi difetti però lasciano che in tutta la forza loro si rimangano le censure di D'Aguesseau e di Bretonnier. Ora i fatti sono mutilati, ed affatto soppressi; e pertanto cos'è mai un giudicato senza una fedele e minuta esposizione dei fatti che gli diedero origine? Ora sono i motivi che il collettore sopprime, allegando una identità di cui è giudice egli solo, e che spesso è viziosa; quì manca una circostanza importante, che perciò rende inesplicabile il giudicato; là i fatti indicati nel sommario contrastano con quelli che le decisioni contiene, senzachè nulla prepari il lettore a contrasto siffatto, e gliene dica il perchè. A questo s'aggiunga l'inesattezza che s'incontra talvolta ne' sommarii, ed inganna il lettore disattento, o stretto dal tempo; l'incompleta indicazione della difesa, la mancanza delle conclusioni del ministero pubblico, ec. Senza dubbio questi difetti non sempre s'incontrano, e talvolta molte buone qualità fanno loro cumpenso. Essi nascono meno dal mancare di capacità dei collettori, i quali sono avvocati distinti e ricolmi d'affari, che dalla natura stessa di questo genere di lavoro, di per sè ingrato e scoraggiante (2), e di rado accompagnato dai documenti originali atti a schiarirlo. Ma non è meno vero, che in questo stato di cose, con molte cautele consultare si debbono le collezioni di giudicati. Laonde io ho riputato che fosse per me un dovere l'indicare i difetti che in queste sorgenti preziose per la scienza, e consultate dai più, mi fu dato incontrare. Se chi concurre alla compilazione di queste raccolte ben conoscesse l'alto interesse che i pratici ed anche qualche giudice annettuno ad un giudicato, per la circostanza sola di essere a stampa, si accorgerebbe della gravità dell'ufficio suo, e della necessità di usare attenzione, zelo e coscienza, a malgrado delle poche attrattive che esso presenta.

La seconda cagione che deve far diffidare dei giudicati, è la posizione di coloro che li pronunziano.

Il giureconsulto Celso molto bene si espresse: *Bonus judex varie ex personis causisque constituet* (*L. in fundo. D. de rei vindic.*). Altra prova migliore di queste parole io non voglio, per istabilire, che generalmente i giudicati non debbano menare a cunseguenza; perchè se le decisioni loro dipendono dalle circostanze del fattu e della persona. quale inevitabile incertezza non traggono seco, essenduchè quasi in veruno affare il fatto offrasi identico, e da persone nelle condizioni medesime? (3) Epperò Molinèo scrisse questa massima divenuta proverbio: *Modica enim circumstantia facti, inducit magnam diversitatem ju-*

(1) Ad Henrys, tom. 4, pag. 312.

(2) Il presidente Fabro, che fu anche un collettore di giudicati del maggior merito, diceva pertanto che questo genere di occupazione sembravagli poco degno di sè. *Mihi pigebat maxime (nec enim dissimulo) tam ignobili labori tantum temporis dari.* (Prefazione del suo codice.)

(3) È osservazione di Quintiliano. *Inst. ora.*, l. 5, c. 2.

ris (1); i fatti sono sì mutabili, essi si avvolgono in tante svariate circostanze, essi cotanto influiscono sull'animo del giudice, che generalmente i giudicati non debbono tenersi che come decisioni sopra punti di fatto, anzichè sopra quistioni di dritto. Così opinava pure il presidente Fabro, uomo del pari eccellente e nelle alte teorie della scienza, e nell'ufficio di magistrato: egli diceva, che sovente come giudice si era visto obbligato a sentenziare diversamente da quello che aveva scritto come dottore, e che le opinioni comunemente adottate, ed usate come regole alle transazioni private, potevano sopra di lui più che le dottrine della scienza, le quali proscrivonle (2); e ciò perchè l'equità mandando fuori la sua voce possente comandava allo spirito di questo severo magistrato, che nei suoi libri l'aveva violentemente proscritta, e lo costringeva a considerare i fatti, i pregiudizii e gli accidenti, che tra i concetti e la pratica, gli uomini e le teorie, frappongono cotanta distanza!! Tali sono i magistrati tutti, nè havvene pur uno che non si accomodi e non debba accomodarsi ai fatti e moderare il dritto per mezzo delle circostanze della causa. Fabro deplorava questa sventura: *Improbo plane ac miserando judicantium fato, quibus necesse est ita facere, ne credantur conscientiam onerare, si veram scientiam potius quam vulgi imperitiam sectantur*. Ma se è questa una sventura per la scienza, astretta come ella è a ripudiare talvolta l'opere del giudice, non lo è per la giustizia, la quale vuole che le parti, tali si prendano quali sono, non già quali essere dovrebbero. A dir vero eccesso sarebbevi, allorchè il giudice sottoponesse i fatti ad un volere arbitrario, onde mutati i termini della quistione sfuggire ad un importuno principio.

Disgraziatamente *l'abuso*, che come dice Montesquieu parlando appunto di questa materia, *l'abuso che penetra in tutto quello che passa tra le mani degli uomini*, quest'ultima ragione di diffidenza pei giudicati aggiunge a quelle le quali, per natura sua questo genere di autorità seco conduce. Da lungo tempo fu fatto rimprovero al giudice di guardar meno alle regole, che al barlume di una apparente equità (3). Una sfuggevole idea gli si affaccia alla mente; egli ardentemente l'abbraccia, la fa propria con forza, ed ecco la quistione giudicata prima ancora di averne fatto lo studio. L'interesse per una delle parti, la compassione che desta l'infortunio, spingono a decidere in nome della equità, ed a sacrificare un principio ad una eccezione di circostanza. A questo si aggiunga il desiderio ben commendevole di sbrigare gli affari, e di non allentare il corso della giustizia. Il tempo strigne, e talvolta sfuggono certi giudicati, che nella mozza loro concisione, fanno della quistione motivo alla quistione, o che fatti d'improvviso senza leggere le carte, mostrano troppo la fretta con cui furono posti alla luce. È vero che con questa troppo frettolosa attività si acquista un posto onorevole nelle statistiche, le quali contano senza pesare: ma la scienza che pesa e non conta, rispinge in un rango inferiore. Loisel disse: *Sage est le juge qui escoute et* TARD JUGE. *CAR DE FOL JUGE*

(1) *Des Centiers*, § 78, n. 164.
(2) Prefazione del suo codice.
(3) Bretonnier, ad Henrys, tom. 2, pag. 253, n. 8.

BRIEFVE SENTENCE (1). È questa la storia dei buoni giudicati, e il termine di confronto dei cattivi.

A coloro che in un autore ricercano l'indipendenza e la imparzialità, queste osservazioni spiegheranno il perchè, sebbene diligentemente prendendo in esame i monumenti della giurisprudenza, spesso con una critica severa io ricusi loro quell'autorità che volgarmente viene loro attribuita. Ciò facendo io seguo l'esempio dei nostri antichi e dei nostri maestri. « Il « modo nel quale io ho discorso in- « torno a questo punto (così parla « Merlin) è un'altra prova del perico- « lo che corrono i magistrati ed i giu- « reconsulti nell'assumere alla cieca i « giudicati come base della loro opi- « nione (2), » ed un vecchio autore di provincia, Maynardo, manifestando il suo malcontento pei giudicati del parlamento di Parigi, esclama sovente: *Questo giudicato è degno di memoria*, *ma* COME PARADOSSO (3). La libertà medesima sarà approvata anche in me; perchè a guisa dell'antico procuratore generale alla corte di cassazione, e del magistrato di Tolosa, io parlo soltanto nell'interesse della scienza e del vero.

D'altronde v'è un punto sul quale la magistratura Francese avrà sempre il plauso della nazione. E se nei suoi giudicati può rinvenirsi qualche errore, sempre però vi largheggia uno sviscerato amore della giustizia, congiunto ad una schietta sommissione alla legge, innanzi alla quale ogni volontà deve tacersi. E questo merito è tanto maggiore, in quanto che lo stesso dire non si può di tutte le magistrature delle quali la storia ci ha trasmessa la ricordanza. A Roma noi vediamo il giudice del dritto, o il pretore, adattare i suoi editti alle circostanze, farsi maggiore della legge scritta, e facendo sembiante di averla in ossequio calpestarla, e renderla una parola vuota di senso. Tuttavolta io non mi associerò ad Eineccio nel fargliene rimprovero, perchè il pretore non fu che l'argomento del quale il moto progressivo della società Romana servissi onde sottrarsi alla influenza del dritto sacerdotale e patrizio, e ravvicinare alla naturale equità una legislazione basata sulle auguste relazioni del dritto civile. Ma quel ch'egli fece in vantaggio, altri far potrebbe in danno del dritto, ed il non aver mai agognato quel potere che riforma la legge scritta e promulgata, ed oppone potenza a potenza, è desso pure una gloria della magistratura Francese. È ben vero che l'organizzazione sua di molto ripugna a questa sorta d'invasione. La pluralità dei giudici che dilucida le discussioni, mitiga gli slanci di una fervida mente, e resiste ai sistemi di chi vive solitario, riduce tutte le esagerazioni ad un giusto mezzo; mentre il giudice unico, nella sua solitudine, e nella mancanza d'un contrappeso, ritrova una potenza di distruzione invincibile. L'esempio dei pretori Romani fu sovente proposto da coloro che parteggiano pel sistema pericoloso del giudice unico: esempio da seguirsi, quando si voglia rovesciare il codice civile, che la Francia ammira, e l'Europa invidia.

6. Altre sorgenti d'instruzione, alle quali io attinsi largamente, intendo le leggi Romane e gli antichi giureconsulti, esistono ben superiori

(1) Lib. 6, tom. 3, n. 14.
(2) Merlin Rep. tom. 24, pag. 104, ediz. Tarlier.
(3) Lib. 4, cap. 27.

e più elevate delle autorità contemporanee da me accennate. Al primo momento dell'ebbrezza prodotta dall'avero un nuovo codice, qualche spensierato credette in quello solo comprendersi le cognizioni tutte d'allora in poi necessarie ai magistrati ed ai forensi, e disse un altiero addio a tutto ciò che di sapiente e d'illustre nella giurisprudenza gli antichi tempi crearono. Ma in dritto, come in istoria, come in politica, come in tutto, il voler rompere col passato è irragionevole cosa. Mentre la sdegnosa presunzione del momento pensava che la scienza fosse stata tutta ridotta entro ai confini di articoli numerati, e che essa rimarrebbe per sempre nel cerchio di Popilio, alle prime prove spezzava i suoi fragili vincoli, da ogni parte traboccava, appariva incomprensibile, immensa, senz'altro confine che lo spirito umano, e la infinita svariatezza degli interessi che esistono nella società. Allora fu di mestieri rannodare la catena dei tempi, e chiedendo mercè dal passato, vale a dire dalla esperienza, ammettere di bel nuovo il dritto Romano. È vero però, che in generale, nonostante i generosi sforzi di dotti professori, come Ducaurroy, Blondeau, ec., lo fu più di nome che di fatto, e che il più dei giuristi non hanno in esso per anche quella fede operosa che induce ad esercitare la regola che si rispetta. Pertanto, crediamolo bene! Il dritto Romano è il punto luminoso ove risplendono quegli eterni principii sopra i quali sorge l'edifizio del dritto moderno. Là sono espressi coll'antica robustezza e la profondità speciale al genio Romano; là sono delucidati, analizzati, spiati nelle conseguenze ed applicazioni loro, con una dovizia, segnale ad un tempo del gran moto dei civili interessi presso gli antichi, e dell'ingegno penetrante di coloro ai quali incombeva l'ufficio di ridurli a classe ed a sistema. Rispetto ai nostri vecchi giureconsulti, Cujacio, Mulinèo, Fabro, Loyseau ed altri che inutile è noverare, essendo che i nomi loro, se non gli scritti, sieno ben conosciuti, convinto lo dico, non sembrami possibile studiare profondamente il dritto, se non coll'andare ad educarsi alla scuola loro. Questi uomini di genio, veri giganti della scienza, spinsero il dritto al maggior grado di splendore. Istoria, filologia, belle lettere, morale, filosofia, tutto fu adoprato da essi per dilatare la sfera del dritto, rimpicciolita per le tenebre del medio evo. Cujacio, per esempio, tenuto talvolta come un pedante pieno di vano e tedioso sapere, è per lo contrario un ingegno colto ed adorno, che si esprime con eleganza, e dà al proprio pensiero un giro forse il più ingegnoso. La sua chiarezza è grande; spesso superiore a quella dello stesso Pothier, nè esito a dire che avvi in quest'ultimo cotale idea, che senza il soccorso di Cujacio non sarei mai giunto a comprendere (1). Tutti finalmente seppero dare alle opere loro uno stile originale, un nervo di pensiero e di espressione che alletta oltremodo. In essi si rinviene un succoso alimento e una vigorosa instruzione: con essi si scorge che la giurisprudenza è piena di gravezza, e che può per dovizia ed elevatezza sostenere il confronto di qualsivoglia altra scienza morale. Ebbene, ciò che eglino fecero per il dritto antico, senza dubbio sarebbe onorevole per il se-

(1) V. per esempio, n. 516, *infra*.

colo XIX, di farlo sul codice civile, più ancora dell' antico dritto, degno di questi grandiosi lavori. A tutte le glorie del passato si comandi dunque di recare il tributo loro al capo-lavoro dei tempi moderni; si evochino per così dire quegli illustri troppo trascurati fin qui, onde sovvenirlo della forza e dello splendore del genio loro. La critica, la filosofia, la storia, le origini, le costumanze, il dritto comparato, ec., cooperino a dilatare il cerchio della scienza, ed a spogliarla di troppo meschine proporzioni. Alla Francia non mancano nè direzioni filosofiche nè grandi monumenti di istoria; ma per mancanza di quella fiducia sì fervida nell' Alemagna, nella utilità e nell' interesse dello sviluppo della giurisprudenza trascendentale, gli alti studii vivono quasi in una sfera loro propria, e lasciano il dritto nella solitudine. E n'è prova ben decisiva il mancare noi tuttora di una storia interna del dritto Francese!!! Eppure, lo dico conoscendo la profondità di tale argomento, altro non avvene più degno di un grande ingegno, e più atto a far rivivere nel XIX secolo i gloriosi campioni del XVI. Quanto a me sventuratamente non ho la forza e le condizioni necessarie per riconciliare alla scienza del dritto rinnuovata così, gl' ingegni affievoliti, i quali da lei si allontanano. Frattanto non saranno mal graditi alcuni miei sforzi per istabilire l'alleanza degli antichi maestri della scienza col codice, il quale riassume i loro lavori, e non li distrugge. Io più che altro ho inteso a protestare contro un pensiero atto a scoraggiare, spesso trionfalmente ripetuto da coloro i quali antepongono i bagliori di una volubile equità ai lumi della ragione scritta: *Il dritto si perde! Le droit s' en va!*

CODICE CIVILE

LIBRO TERZO.

TITOLO VI.

DELLA VENDITA.

DECRETATO IL 6 MARZO 1804, PROMULGATO IL 16.

CAPITOLO I.

Della natura e forma della Vendita.

ARTICOLO 1582.

La vendita è una convenzione per cui uno si obbliga a dare una cosa, e l'altro a pagarla.

Può esser fatta per atto autentico come per iscrittura privata.

SOMMARIO.

1. Definizione ed importanza della vendita. Perchè essa è stata preceduta dalla permuta in tutte le epoche di *barbarie*.
2. La vendita appartiene al dritto delle genti, ed al dritto naturale.
3. A quale specie di contratto appartiene la vendita.
4. Nel dritto Romano, e nell'antico dritto Francese, la vendita non obbligava precisamente il venditore a rendere il compratore proprietario. Prove che questa dottrina, d'altronde poco soddisfacente per la ragione, è stata rigettata dai testi del codice civile. Anche sotto l'antico dritto, degli abili giureconsulti l'avevano combattuta.
5. Doppio effetto della vendita. Rinvio.
6. Tre condizioni sono necessarie per la perfezione della vendita, *res*, *pretium*, *consensus*. Casi nei quali non vi è vendita.
7. Contratti simili alla vendita: 1° *Dazione in pagamento*. Rapporti e differenze con la vendita.
8. 2° *Donazione remuneratoria* per servigii apprezzabili in danaro. Quando accade che il donatore è tenuto prestare l'evizione della cosa in tal modo donata?
9. 3° *Donazione onerosa*. Della evizione in simil caso.
10. 4° *Della permuta con conguaglio*.
11. 5° Nel dritto Romano la *divisione* produceva cessione. Altrimenti accade nel dritto Francese. Origine di questa innovazione combattuta da Malinéo. Fisonomia distinta dell'evizione in materia di divisione.
12. 6° *Della licitazione*. Quando è vendita? Quando è divisione?
13. Del consenso in materia di vendita. Rinvio. Dell'errore sulla cosa e sulle sue qualità sostanziale.
14. Dell'errore sulle qualità accidentale.
15. Difficoltà di distinguere l'errore accidentale dall'errore sostanziale. Esempio tratto dalla vendita di un quadro d'autore.
16. Consenso a riguardo del prezzo e lesione. Rinvio.
17. Casi nei quali non è necessario che il consenso sia libero.
18. Forme nelle quale il consenso debb'essere dato

Caso in cui le parti hanno voluto che il consenso fosse dato in iscritto. Leggi di Giustiniano sopra tale proposito.

19. Spirito del codice civile sopra questo punto. La scrittura non è necessaria per la perfezione della vendita, a meno che le parti ne abbiano fatta una condizione essenziale. Esame e rigetto di una sentenza di Bourges.

20. Non bisogna confondere le trattative con la vendita consumata.

21. Della vendita fatta per lettere missive. Può essa aver luogo sotto il codice civile?

22. Quando si operi la conclusione del contratto.

23. Primo periodo durante il quale il consenso dei due corrispondenti deve persistere.

24. Finchè la lettera non è ancora letta da quegli a cui è indirizzata, chi l'ha scritta può rivocarla.

25. Seconda epoca durante la quale il consenso deve perseverare.

26. Terza epoca.

27. Che si dovrà dire, se le offerte contenute nella corrispondenza, e in seguito ritrattate, hanno dato luogo a dei danni?

28. Bisogna che la corrispondenza contenga la prova di un consenso bilaterale.

29. Nulladimeno il consenso di quegli al quale la proposizione è indirizzata, può risultare da un principio di esecuzione.

30. Ma il fatto deve esattamente quadrare con la proposizione. Esame di una decisione del parlamento di Parigi e di alcuni comenti che se ne fecero.

31. Se la prova della vendita per mezzo di lettere missive nuoce all'eguaglianza di posizione tra le parti. Errore della corte di Poitiers.

32. Del duplicato nella vendita per iscrittura privata. Critica dell'art. 1325 del codice civile.

33. Se un atto privato, non duplicato, serva di principio di prova scritta. Opinione del Duranton rigettata.

34. La vendita per iscrittura privata può essere opposta ai terzi, ed essere trascritta.

35. Forme particolari per le vendite pubbliche.

COMENTO.

1. La vendita è il contratto più frequente negli usi della vita; essa ravvicina gli uomini, e pone i beni in circolazione; accanto al bisogno colloca il mezzo di soddisfarlo. Stabilisce l'equilibrio fra chi ha troppo, e chi vuole acquistare ciò che non ha. Senza di lei la società mancherebbe del suo più energico istrumento di comunicazione commerciale, e di movimento nella proprietà.

Nell'ordine cronologico, la vendita è stata preceduta dalla permuta (1). Quando non esisteva ancora la moneta, o allorchè il danaro era raro, gli uomini provvedevano alle loro necessità mediante il commercio delle cose in natura. I giureconsulti Romani hanno rilevato questo fatto, di cui trovarono la prova nelle tradizioni conservate sulla barbarie che aveva avviluppato i primi secoli della Grecia e di Roma (2). Noi lo incontriamo anche nella barbarie moderna del medio evo, che, come l'ha sì ben dimostrato l'illustre Vico (3), rappresenta esattamente tutti i caratteri della primitiva barbarie (4).

Devesi egualmente osservare, che nei tempi rozzi, anche quando la vendita è venuta in uso, la proprietà fondiaria è per così dire condannata all'immobilità. I possessori sono attaccati alle loro terre da una folla di le-

(1) L. 1, Dig. *De cont. empt.* Connanus, tom. 2, pag. 96, col. 1, n. 6. Ducaurroy, *Inst. expliq.* p. 32, Ediz. Tarlier.

(2) Veggansi i fatti riferiti da Connanus, *loc. cit.*

(3) *Scienza nuova.*

(4) Leggesi per esempio, negli Annali di Lorena, che chi comprava del sale alla salina di Vico, lo pagava in derrate. (Istoria dei vescovi di Tul, scritta da Adson, cap. 19, nelle prove di D. Calmet.) Si sa che anche oggi da alcuni popoli dell'Affrica e dell'America, che non conoscono l'uso della moneta, il commercio si fa col mezzo del cambio. (Viaggi di Cook, nei mari del Sud ec. ec.)

gami, che non possono decidersi a rompere. L' alienazione di un campo trasmesso dai proprii antenati è considerata come un atto vergognoso, e come un segno d' ingratitudine o di estremo bisogno. (1) D' altronde, siccome i possessi sono immensi, e riuniti in una sola tenuta, siccome lo spirito d' isolamento domina i proprietarii, e la società rimane in uno stato stazionario, non si prova fuorchè rarissimamente il bisogno di quelle permute, che nello stato di civilizzazione sono determinate dalla necessità di ingrandirsi, o dal desiderio di trasportare altrove il centro della propria fortuna, o da speculazioni che si prefiggono lo scopo di aumentarla. Le sole alienazioni di cui gli immobili sieno oggetto in quei tempi primitivi, sono le concessioni di terreni fatte coll' onere della corrispondenza di un canone, l' utilità delle quali consiste in questo cioè, nell' avere l' una delle parti troppe terre ricche di produzioni, di cui l' altra parte manca assolutamente (2).

2. La vendita appartiene al dritto delle genti, e al dritto naturale; al dritto delle genti (3), poichè essa è praticata presso tutte le nazioni conosciute, o sotto forma di vendita, o sotto forma di permuta; al dritto naturale, perchè essa è così generalmente sparsa, solo perchè è un frutto spontaneo della natura sociale dell' uomo. Perciò lo straniero, ed anche il morto civilmente possono vendere e comprare. Il dritto del quale allora essi fanno uso, non trascende in modo alcuno quella speciale posizione in cui il dritto civile gli ha collocati.

3. Il nostro articolo definisce la vendita, una convenzione per cui uno si obbliga dare una cosa, e l' altro a pagarla. Paolo aveva già detto nella leg. 5, § 1, Dig. *De præscript. verbis.* « Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et venditio est. »

La vendita è un contratto consensuale, poichè si forma mediante il solo consenso delle parti contraenti. (Art. 1583.)

È un contratto sinallagmatico, perchè il venditore ed il compratore si obbligano reciprocamente l' uno verso l' altro. (Art. 1101.)

È un contratto commutativo, perchè l' intenzione del venditore è di ricevere in danaro l' equivalente di ciò che dà in natura. (Art. 1104.)

4. A tenore del nostro articolo il venditore si obbliga *a dare la cosa*. Il che corrisponde alla seguente idea di Ulpiano, espressa nella leg. 11, § 2. Dig. *De act. empt.* « *In primis rem præstare venditorem oportet, id est* TRADERE. »

I giureconsulti Romani però andarono più lungi: dicevano, che il venditore non era obbligato a rendere il compratore proprietario della cosa. Affricano si esprimeva così: « Hactenus tenetur (venditor) ut rem emptori habere liceat, *non etiam ut ejus faciat.* (4) » Secondo questa teoria, il venditore non era obbligato che a fare la tradizione dell' oggetto venduto, e a guarentire il compratore da ogni molestia e turbativa; ma non contraeva l' obbligazione precisa di trasferire la proprietà nell' acquirente. Quindi se Tizio, per esempio, avesse

(1) Alcuni di questi pregiudizii esistono ancora nel mezzogiorno della Francia.

(2) Vico, *loc. cit.*, pag. 183.

(3) L. 1, § 2, D. *De cont. empt.* Inst. *De jure nat.*, § *sed jus quidem.* Pothier, *Vente*, n. 2.

(4) L. 30, § 1, Dig. *De act. empt. et vend.* V. *infra*, n. 230.

venduto un immobile, di cui si credeva proprietario, ma che in fatto non gli apparteneva, il suo compratore non avrebbe avuto il dritto di querelarsi, finchè non fosse stato molestato dal vero proprietario; perocchè la vendita non obbligava Tizio ad investirlo della proprietà, ma soltanto a trasferirgli tutti i suoi dritti, ed a garentirlo in caso d'evizione. Allorchè in virtù di una clausola espressa, il venditore si obbligava a rendere l'acquirente proprietario, questa era una stipulazione esorbitante del contratto di vendita; il contratto cessava eziandio di essere qualificato per vendita, ed entrava nella classe dei contratti innominati. Diveniva cioè una obbligazione, *ob rem dati re non secuta* (1).

Tutta questa teoria del dritto Romano mi sembra dominata dall' influenza del vecchio dritto civile della repubblica, che era schiavo delle parole, e che misurava l' estensione di un contratto dalla denominazione che aveva nella lingua scientifica, e dalle espressioni sacramentali di cui le parti servivansi per porlo in essere (2). Siccome nelle formule ordinarie, e nella qualificazione del contratto di vendita, nulla implicava precisamente l'obbligazione di trasferire la proprietà, e siccome questo contratto aveva un senso reale ed uno scopo positivo indipendentemente da ogni necessità di rendere il compratore proprietario inamovibile, si era creduto di doversi tenere lontani da questa necessità, onde non far dire alle parole ciò che direttamente non esprimevano. Quasi sempre nel dritto Romano si trovano le tracce di siffatte idee limitate, che nei primi secoli presiederono alla costituzione aristocratica del dritto civile, e dalle quali i prudenti ed i pretori provarono tanta difficoltà a liberarlo (3). Del resto, nei contratti che erano meno *Romani* (se così posso esprimermi) vale a dire meno sottomessi alle esigenze di questo dritto civile tanto arbitrario, e tanto geloso delle sue anomalie, trovavansi dei principii più larghi, e più conformi al dritto naturale. Laonde nella permuta era ammesso, che ciascuna delle parti dovesse rendersi respettivamente proprietaria di ciò che essa dava, e di ciò che riceveva (4). Perchè questa differenza tra la vendita e la permuta? Logicamente è impossibile dirlo. Istoricamente, deriva da questo, che la vendita era un contratto avente nome *(contractus nominatus)*, che conservava le tracce del dritto arbitrario che l'aveva nella sua origine costituita, mentre che la permuta era un contratto innominato *(contractus innominatus)*, sul quale le regole del dritto naturale e della ragione, esclusivamente dominarono.

Checchè ne sia, la dottrina che io ho esposta intorno agli effetti della vendita, passò per intiero nell'antico dritto Francese, sotto gli auspicii di di Molinèo (5) e di Pothier (6).

Rimane a sapersi se essa è compatibile col codice civile.

Il nostro articolo sembra a prima

(1) Celsus, leg. 16, D. *De condict. causa data.* Pothier, Pand., tom. 1, pag. 550, n. 6. Questa legge ha ricevuto un gran numero di spiegazioni: esse sono esaminate e discusse de Passeribus, nel suo libro intitolato *Conciliatio legum*, pag. 204.

(2) Questa osservazione fu l'oggetto di una critica del Vallette, professore supplente alla facoltà di Parigi, il quale fece osservare, che presso i Romani la vendita era, come oggidì, un contratto consensuale che non dipendeva da alcuna formula, o particolare costruzione di frase. V. la *Revue de Législat.*

(3) Vico pone in chiara luce questa verità.

(4) V. il mio comento sulle ipoteche, art. 2180.

(5) *De eo quod interest*, n. 127.

(6) Pothier, *Vente*, n. 1 e 48.

vista confermarla; tutta l' obbligazione che egli fa derivare dalla vendita, è quella di dare la cosa, lo che corrisponde a queste parole d' Affricano, *ut rem emptori habere liceat*: d'onde sembra resultare la conseguenza, che l' acquirente non ha dritto di esigere di essere investito della proprietà (*non etiam ut ejus faciat*); che egli debba essere soddisfatto, allorchè non è turbato nel suo godimento (1).

Ma se si vuol porre questo testo a fronte di alcuni altri, dai quali non deve esser separato, sarà facile convincersi, che il codice civile è stato concepito sotto l' influenza di altre idee, e che egli annette alla vendita l' obbligazione di trasferire nel compratore la piena proprietà, e non solamente l' uso pacifico della cosa.

L' art. 1583 mi sembra che conduca a questo risultato: « La vendita « è perfetta tra le parti, esso dice, e « la *proprietà si acquista* di dritto dal « *compratore* riguardo al venditore, « al momento che siasi convenuto del- « la cosa, e del prezzo; » dunque la convenzione contiene l' obbligazione implicita di far passare nel compratore la proprietà della cosa che gli è consegnata (2), e non si può più dire con Affricano *non etiam ut ejus faciat*. L'art. 1662 conferma anch' esso questa conclusione.

È corroborata ancora dall' art. 1604, che definisce la tradizione per la traslazione della cosa venduta in *potere*, e *possesso* del compratore. Questa parola *potere*, di cui non si trova l' equivalente in alcun testo preso dalle leggi Romane, nè nelle definizioni che Pothier, guida consueta de' redattori del codice civile, dà della tradizione della cosa (3), è di una forza notabile. Essa è molto più significante del *rem emptori habere licere*, dei Romani, che implica soltanto un possesso libero e pieno della cosa, *vacua possessio* (4). Il legislatore non contempla nella consegna soltanto un dritto di possesso, sia pur largo quanto è possibile, ma vi vede qualcosa di più. Egli vuole che il compratore abbia sulla cosa un dritto di potenza, vale a dire tuttociò che vi è di più eminente nelle relazioni dell' uomo colla cosa, o in altri termini, un dritto di proprietà.

E come mai potrebb' egli accadere che la tradizione non fosse un indizio della proprietà? Come potrebbesi supporre che il codice non abbia inteso parlare che di una tradizione quale la definiscono e la limitano le leggi Romane? Il codice, infatti dichiara nulla la vendita della cosa altrui (art. 1599) a differenza delle leggi Romane, che le davano effetto (5). Il compratore ha dunque dritto di querelarsi, quando il venditore non gli trasmette la proprietà.

Ciò che nel sistema del dritto Romano faceva sì che la vendita della cosa altrui fosse permessa, era che

(1) Aggiungasi anche l' art. 1603, che isolatamente considerato, sembra avere il medesimo senso.

(2) Il che concorda colla legge 167. Dig. *De reg. juris.* « Non videntur data quæ eo tempore quo dan- « tur accipientis non fiunt. »

(3) Pothier, *Vente* n. 42, e seg. Questa parola *potere*, è presa da Domat (*infra*, n. 263, nota 1); ma Domat è ben lontano dall' aver formolato come Pothier il principio delle leggi Romane. Questo principio è talmente travisato nell' opera sua, che io dubito ch' egli abbia voluto trasportarlo nel dritto Francese.

(4) Paolo, leg. 1, § 1, Dig. *De act. empt.* Ovvero come diceva Pomponio: *Sine interpellatione obtinere*, leg. 188, § *De verb. oblig.*

(5) V. ciò che io dico sull' art. 1599, n. 234, 213.

il contratto di vendita non consisteva nella traslazione della proprietà della cosa venduta, ma era sufficiente che il venditore facesse avere la cosa al compratore (1). La proibizione che fa il codice civile della vendita della cosa altrui, prova che il suo sistema è affatto differente, e che gli ripugna separare la traslazione della proprietà dagli effetti del contratto di vendita.

Conseguente col principio, che la vendita non trasferiva la proprietà, l' antica giurisprudenza non voleva che un acquirente avesse giusto motivo di lagnarsi perchè la proprietà risiedeva nella persona di un terzo, quando questi non lo molestava (2). Finchè egli non era inquietato nel suo possesso, non poteva rifiutarsi al pagamento del prezzo (3), e il suo pacifico godimento si considerava come la realizzazione di tutte le promesse del venditore.

Il codice civile è ben lontano dal mostrarsi tanto indulgente verso il venditore che ha alienato una cosa, la proprietà della quale era per lo meno dubbiosa nelle sue mani; e coll' art. 1653, autorizza l'acquirente a ricusare il prezzo allorchè ha *giusto motivo di temere* un' azione vendicatoria. E perchè una simile disposizione, se non fosse certo che il venditore, non avendo soddisfatto a tutte le obbligazioni del contratto di vendita col non trasferire una proprietà incommutabile, l' acquirente non è in obbligo di adempire le obbligazioni correlative che egli si è imposte?

Mi sembra dunque certo, che il codice civile (4) ha rigettato la dottrina eccessivamente sottile delle leggi Romane, dottrina che Molinèo e Pothier avevano adottata contro tutte le regole della equità, e della ragione. Quest' ultimo giureconsulto ha tentato di conciliarla con la sua definizione della vendita, che secondo lui è un contratto in virtù del quale il venditore si obbliga verso il compratore a fargli avere la cosa *liberamente e a titolo di proprietario*; e ciò nonostante, non vuole che la vendita racchiuda l' obbligazione di trasferire la proprietà nel compratore; in guisa tale, che quest' ultimo sarebbe proprietario di fatto, e non di dritto, e che il suo titolo non sarebbe che quello di un quasi-proprietario. Tutto questo s' intende con gran fatica, ed io non vedo cosa la scienza profitti in simili arguzie. Perciò, anche innanzi al codice civile, molti egregii ingegni si erano sforzati bandirle dalla giurisprudenza. Caillet, professore a Poitiers, al cominciare del secolo XVII, aveva sostenuto, che il principio dei giureconsulti Romani era puramente arbitrario, e contrario alla natura delle cose (5). Grozio vi scorgeva una deroga al dritto naturale, e una finzione del dritto civile *(commenta juris civilis)*, che non era dovunque osservata (6) Bourjon sembra aver condiviso quest' opinione, poichè attribui-

(1) Pothier, *Vente* n. 7.

(2) Pothier, *Vente* n. 1, 48, 283.

(3) Pothier, *Vente* n. 283. La legge 18, § 1, D. *De peric. et com. rei vendita*, voleva che la quistione di proprietà fosse sollevata. *Domini quæstione mota* (*infra*, n. 609).

(4) V. *infra*, n. 231, un passo di un discorso del Grenier, organo del tribunato. Anche il Faure, altro oratore del tribunato, diceva: *La trasmissione della proprietà è l' oggetto della vendita.* (Locré, processi verbali, tom. 7, pag. 92, edit. Tarlier).

(5) Com. sul tit. del c. *De evict. ad leg.* 5. Si trova nel tesoro di Meerman, tom. 2.

(6) *De jure pacis et belli*, lib. 2, cap. 12, n. 15.

sce, in precisi termini, alla compra l' effetto di *far passare la proprietà* nella persona del compratore, aggiungendo che questo è il suo *effetto naturale* (1). Non è da meravigliarsi che il codice civile, che ha avuto per missione il semplicizzare le nozioni del dritto, abbia dato la preferenza a questa opinione (2).

5. In correspettività dell' obbliga-

(1) Bourjon, tom. 1, p. 458.

(2) Durenton, ha egli pure difese questa opinione. (Ediz. Tarlier, n. 18, tom. 9).

Allorchè io ho sostenuto nella mia prefazione, e nel mio comento sull' art. 1582 (n. 4) che il codice civile, più razionale del dritto Romano e dell' antica giurisprudenza, esige imperiosamente, che il venditore renda il compratore proprietario inamovibile, sotto pena di mancare alla legge del contratto, io aveva dimenticato, che Toullier ha cercato di far rivivere nel suo ultimo volume (n. 240) una teoria che io considero come affatto antiquata. La grande autorità di cui godono le opinioni di Toullier renderebbe la mia dimostrazione incompleta, se io non costatassi, che in questa circostanza, il nominato dotto scrittore non è rimasto fedele allo spirito di sana critica che gli ha fatto così spesso scuoprire le innovazioni, ed i progressi del codice. Io son dunque costretto ad aggiungere alcune prove a quelle che già ho dedotte. Questo punto è fondamentale: esso domina tutta la materia della vendita, e non sarebbe possibile il farsi delle idee giuste sul più frequente tra tutti i contratti, se un principio tanto essenziale rimanesse oscuro e dubbioso.

Io lascierò che Toullier combatta a suo grado l' autore del nuovo Denizart, che aveva cercato di sfuggire all' antica dottrina, poco soddisfacente per la sua ragione. Poco importa oggidì che questo giureconsulto sia stato servito meglio dall' intuizione del suo buon senso, che dalle sue analisi, e dalla sua critica: ch' egli abbia prodotto argomenti assai deboli in sostegno di un' idea che il genio filosofico di Grozio aveva abbracciata come vera. Il codice civile ha parlato: esso solo dev' essere il centro della discussione.

L' art. 1599, che ha dichiarato nulla la vendita della cosa altrui, ha operato una innovazione rimarchevole nel dritto Francese. Io ho procurato di spiegarne nel mio comento la forza e l' importanza; e ristrignendola bensì nei suoi giusti limiti, ho dimostrato (n. 238) che egli produce delle gravi conseguenze, e che non è stato gittato nel codice come una disposizione inerte e parassita. Poichè la vendita della cosa altrui è nulla, ne segue, che il venditore il quale non trasferisce nel suo compratore un dritto di proprietà pieno e non equivoco, non soddisfa alla sua principale obbligazione, e si espone ad una azione di nullità. Qual è la sanzione di una vendita nulla? È un' azione di nullità. Se il venditore cede una cosa che non gli appartiene, se l' acquirente non è investito della proprietà, se egli è minacciato dal dritto di un terzo e vero proprietario, il contratto è nullo, e l' acquirente può intentare lo scioglimento della vendita contro il venditore che non ha adempito le sue obbligazioni. Questa idea emerge con evidenza non solo dall' art. 1599 del codice civile, ma ancora da diversi altri che lo confermano. Io citerò 1° l' art. 1583, il quale prescrive, che appena vi è convenzione sulla cosa e sul prezzo, *la Proprietà si acquisto di dritto dall' acquirente*; 2° l' art. 1604, che definisce la tradizione, *la traslazione della cosa venduta in Potere del compratore*: ed io ho detto (n. 263), che questo vocabolo *potere*, ha una così grande energia, che non può alludere ad altro che al dritto di proprietà; 3° l' art. 1653 che riguarda un giusto motivo di temere l' evizione come sufficiente per autorizzare la ritenzione del prezzo nelle mani del compratore, ed io ho dimostrato (n. 609) che quest' articolo supera qui in protezione ed in favore le leggi Romane e l' antica giurisprudenza, le quali esigevano che la quistione di proprietà fosse sollevata. Dall' armonia di queste disposizioni ho dunque conchiuso, che il codice civile è entrato nella via di un perfezionamento invocato dai giureconsulti filosofi, e che ha proscritto la sottigliezza delle leggi Romane, popolarizzata in Francia dal Pothier.

Toullier non ha fatto attenzione all' ammirabile accordo che esiste tra gli art. 1583, 1604 e 1653. Egli si è lasciato dominare esclusivamente da alcuni articoli (1603 e 1582), redatti con una terminologia incompleta presa dal Pothier, ma che debbono essere spiegati col mezzo di altre disposizioni più precise e più esatte. Una sola obiezione si è presentata al Toullier, sebbene essa non sia per certo l' unica: ed è quella che prende il suo punto d' appoggio nell' art. 1599, che dichiara nulla la vendita della cosa altrui. In fatti è dessa troppo grave per avere isfuggito alla sua sagacità. Ma in qual modo vi risponde Toullier? Io non temo dirlo: con un errore capitale. L' art. 1599, dice egli (n. 739), non autorizza l' acquirente a chiedere la risoluzione (bisognerebbe dire piuttosto la nullità): l' azione dei danni ed interessi, è la sola che egli concede al compratore, il quale ha ignorato che la cosa non apparteneva al venditore. Non gli concede l' azione rescissoria, perchè la natura del contratto di vendita non è precisamente di trasferire la proprietà della cosa venduta, ma di farla avere al compratore a titolo di proprietario!!!

Bisogna convenire che questa è una strana proposizione. E come mai? Non basta di andar contro al buon senso con quella dottrina affatto irrazionale, che

zione di dare la cosa, che è sviluppata nell' art. 1604 e seg. del codice civile, e che seco porta quella di guarentire, il compratore contrae l' obbligazione di pagare il prezzo. Vedremo in seguito i principii che si collegano a questa condizione essenziale della vendita.

6. Si scorge dunque dalla definizione data dal codice, quali sono i

prescrive che quegli il quale compra unicamente per divenire proprietario non possa esigere che il suo venditore l' investa della proprietà; è d' uopo ancora chiedere alla logica un nuovo sacrifizio, e arrivare fino a pretendere, che una vendita dichiarata nulla dalla legge, non generi azione di nullità, e tuttociò per eternizzare delle sottigliezze da lungo tempo proscritte dalla moderna ragione, e incompatibili con le rette e semplici sentenze del codice civile!! È vero che l' articolo 1599, dopo aver dichiarato la nullità della vendita della cosa altrui, aggiunge: *Essa potrà dar luogo al risarcimento dei danni ed interessi, quando il compratore abbia ignorato che la cosa fosse d' altri.* Ma si dovrà dunque dire, che il compratore avrà soltanto un' azione pei danni ed interessi, che egli non potrà far distruggere un contratto vizioso nella sua origine, e che dovrà rimanere sotto l' influenza di pericoli e di timori che gli impediscono di affezionarsi alla sua proprietà, e la rendono sterile nelle sue mani? Perchè un risultato così pericoloso pel commercio e pel dritto di proprietà fosse ammesso, sarebbe necessario trovarlo scritto nella legge in termini assai positivi. Ma chi non vede che l' art. 1599 lo respinge al contrario con tutte le sue forze; che esso coordina l' azione pei danni ed interessi con l' azione di nullità; in una parola, che al compratore competa tutt' insieme 1º il dritto di sottrarsi col mezzo dell' azione di nullità ad un contratto malaugurato, e ad una sorgente di liti (n. 238); 2º il dritto di chiedere la refezione dei danni ed interessi al suo venditore che ha mancato alle proprie obbligazioni? Che sarebbe, io dimando, una nullità che lasciasse sussistere l' atto con tutti i suoi inconvenienti ed i suoi pericoli; nullità puramente nominale ed oziosa, e vera menzogna consacrata dalla legge!? Può egli concepirsi che una nullità sia decretata di dritto, e che in fatto il legislatore non permetta che venga reclamata ed ottenuta? Non è egli contradittorio in superlativo grado, il pretendere che in un medesimo articolo la nullità sia scritta in termini formali, e cancellata alla linea seguente, quasi fosse un errore, od una distrazione? Perocchè, non bisogna prendere abbaglio, l' azione dei danni ed interessi, non è sempre fondata sopra una nullità, e avvi una folla di esempii, nei quali si fa luogo a delle riparazioni pecuniarie, sebbene il contratto in sè medesimo sia valido. Non è dunque esatto asserire, che i danni ed interessi possono essere la sola sanzione di una disposizione prescritta dalla legge sotto pena di nullità. Laddove vi è nullità pronunziata, deve anche esservi un' azione di nullità, che serva di correlativo, e faccia cadere l' atto a terra: la riparazione del danno è soltanto un accessorio.

Del resto, non si può fare a meno di convenire, che la vendita della cosa altrui essendo nulla, l' acquirente ha dritto di esigere che il venditore gli trasferisca un oggetto del quale è realmente proprietario. Ora se il venditore manca a questa obbligazione, non abbiamo l' art. 1184, che in difetto dell' art. 1599 autorizzerebbe il compratore a chiedere la rescissione? Quindi, o coll' azione di nullità, o coll' azione rescissoria, il compratore ha il mezzo infallibile di sottrarsi all' influenza dell' antica giurisprudenza, troppo facilmente adottata dal Toullier

Io non rammenterò qui le opinioni degli oratori del tribunato che ho citate altrove in appoggio del mio sentimento (n. 4 e 231), ma aggiungerò invece una osservazione. Non è egli vero che nel contratto di permuta, la proprietà deve effettivamente e necessariamente trasfondersi nella persona di chi riceve? *Itaque Pedius ait: alienam rem dantem nullam contrahere permutationem* (*). Non accade lo stesso nella dazione in pagamento? Ora, perchè dovrebbe succedere diversamente nella vendita, la quale ha colla permuta, e con la dazione in pagamento le più visibili analogie? Occorre egli di proseguire, sotto l' impero del codice civile, a porre la mente a tortura per conservare delle distinzioni che lo spirito appena comprende, e che la ragione altamente disapprova?

Farò osservare terminando, che Toullier è stato indotto nell'errore che io ho segnalato, dall'avere considerato Pothier come il vero commentatore degli art. 1582, 1583, 1604 a 1653 del codice civile. Ho dunque avuto ragione d' insistere nella mia prefazione sulla necessità di mettersi in guardia contro un grandissimo numero di opinioni insegnate dell' illustre autore del *Trattato delle obbligazioni*, e che più non combaciano colle teorie più avanzate del codice civile. Allorquando si vede uno scrittore del merito di Toullier lasciarsi illudere da questa autorità talvolta intempestiva, e prendere per lo spirito inspiratore del codice civile ciò che il codice civile al contrario ha rigettato mediante positive disposizioni, non si ha più motivo di maravigliarsi che vi siano molti, pei quali Pothier è come quel filosofo di cui parla Mallebranche, il quale era in tanto favore presso il pubblico superstizioso, *qu' il n' y avait pas, jusqu' à son collet, et ses manchettes, qui ne prouvassent quelque chose?*

(*) L. 1, § 3, D. *De rer. perm. Supra*, tom. 1, pag. 8. M. Ducaurroy.

caratteri della vendita, ed i segni che la distinguono dagl'altri contratti. Essi sono chiari e precisi. È necessario: 1° una cosa che il venditore si obbliga dare; 2° un prezzo che l'acquirente si obbliga pagare; 3° finalmente, un consenso certo da ambe le parti, condizione essenziale in ogni contratto. Il che fu dagl'interpetri del dritto Romano compendiato in questi tre vocaboli, *res*, *pretium*, *consensus* (1).

Vedremo in seguito sotto qual forma il consenso dev'essere dato.

Qualunque volta queste tre condizioni non si realizzeranno, non vi sarà vendita. Perciò, se io vi dò una cosa per riceverne altra da voi, sarà questa una permuta e non una vendita, perchè non vi è prezzo. Poichè vuolsi che il prezzo consista in danaro (2). Per siffatta ragione Nerazio decide, che se io vi cedo una casa a condizione che voi me ne fabbrichiate un'altra, non si ha una vendita, ma un contratto *do ut facias* (3).

Se io vi trasferisco la proprietà di una cosa per un prezzo che non è serio, avremo una donazione, e non una vendita; poichè lo scopo della vendita è di porre in bilancia questi equivalenti, e non di fare una liberalità (4).

Gli esempii possono moltiplicarsi. Pothier ne ha passati in esame diversi nel suo trattato *Des retraits* n. 89 e seg., che si potranno consultare con vantaggio. Noi ci limiteremo ad insistere sopra alcune convenzioni, che senza portare il nome di vendita, hanno però con essa delle grandi analogie.

7. La prima è la *dazione in pagamento*. La legge 4, al C. *De evict.* l'assomiglia alla vendita, *vicem venditionis obtinet*. Infatti trasferisce la proprietà in corresponsione di un prezzo, e richiede i tre elementi della vendita, il consenso, la cosa, e il prezzo (5). Quindi nell'antica giurisprudenza essa dava apertura al dritto di laudemio (6) ed al retratto gentilizio (7). Nulladimeno essa differisce dalla vendita propriamente detta, perchè le parti hanno piuttosto per iscopo di estinguere una obbligazione preesistente, che di dare origine ad una nuova obbligazione, in quanto che esse vogliono piuttosto dimettere un debito, che fare un atto di commercio. Di qui resulta una gran differenza nella posizione dei contraenti. Il venditore, che nella vendita è quello contro di cui si interpetrano i patti ambigui (art. 1602), è qui il debitore, vale a dire quegli in favore del quale i dubbj devono essere risoluti. L'acquirente, che nella vendita è in posizione più favorevole come debitore del prezzo, è nella dazione in pagamento il creditore, cioè quegli contro il quale i patti oscuri debbano essere interpetrati (art. 1162).

Pothier ha notato altre differenze.

Egli vuole che la tradizione sia indispensabile nella dazione in pagamento, lo che era la conseguenza delle regole seguite nell'antico dritto Francese, e in virtù delle quali la vendita non aveva facoltà di trasferire, senza tradizione, la proprietà (8). Ma

(1) Pothier, Pand. tit. *De cont. empt.*

(2) L. 5, § 1, Dig. *De praescript. verb.* Pothier, Pand., tom. 1, pag. 550, n. 5. *infra*, n. 137.

(3) L. 6, D. *De praescript. verb.*

(4) L. 36, Dig. *De cont. empt.* L. 3, C. *Eod. tit.* Despeisses, *Vente*, tom. 1, pag. 10, n. 4. *infra*, n. 148.

(5) Dumoulin, sur Paris, sopra l'art. 55. Tiraqueau, Retrait lign., pag. 231. Pothier, *Vente* n. 601, e Retraits, n. 81. Merlin, Répert., V. Dation en paiement.

(6) Merlin, Répert., *loc. cit.*

(7) Pothier, *loc. cit.*, e Orléans, art. 397. Tiraqueau, *loc. cit.* n. 6 e seg.

(8) *Infra*, sull'art. 1583.

diversamente si procede sotto il codice civile: giacchè, come vedremo all' art. 1533, la proprietà si acquista di pieno dritto dal compratore, pel solo effetto del contratto, e senza che vi sia bisogno di alcun atto di presa di possesso.

Pothier trovava ancora, che la vendita differiva dalla dazione in pagamento, perchè nella vendita il venditore non si obbligava precisamente a trasferire la proprietà nel compratore, mentre che al contrario nella dazione in pagamento, la traslazione della proprietà era indispensabile, non essendovi valido pagamento senza traslazione di proprietà; « *non videntur* » *data* quæ eo tempore quo dantur, « accipientis non fiunt. » L. 167, Dig. *De reg. juris.*

Ma in seguito di ciò che abbiamo detto al n. 4, non vi è più differenza sotto questo rapporto, tra la vendita e la dazione in pagamento. Ambedue hanno oggi per oggetto di trasferire la proprietà nel compratore, e nel creditore.

Finalmente, un' ultima differenza rilevata da Pothier, e che sussiste in tutta la sua forza, si è, che nel caso in cui vi vendo una cosa per una tal somma che andrebbe in compensazione di una egual somma di cui io credeva esservi debitore, se vengo a discuoprire che realmente non ve la doveva, non posso ripetere la cosa che vi ho venduta, ma posso solamente chiedervi il prezzo che per errore ho compensato con una somma che io non vi doveva. Al contrario, allorchè io ho dato una cosa in pagamento di una somma che io per errore credeva di dovervi, ho dritto di ripetere da voi la cosa istessa, poichè in tal caso la mia azione è *condictio indebiti*, o *condictio sine causa.*

Voi non potreste ritenere la cosa, offrendo di rendermi la somma; poichè non potete costringermi ad una vendita mio malgrado; io vi ho ceduto questa cosa, solo perchè voleva farvi un pagamento; ma non essendovi nulla da pagare, la dazione che vi ho fatta debb' essere annullata (1).

Eccettuate queste differenze, la dazione in pagamento produce i medesimi effetti del contratto di vendita (2). Il creditore evitto ha un' azione di garanzia, e dei danni ed interessi (3), il debitore è obbligato pei vizii redibitorii, per gli oneri reali non dichiarati, pel suo silenzio sopra i difetti della cosa, ec. (4).

8. La donazione remuneratoria assomiglia ad una dazione in pagamento, quando è fatta per ricompensare dei servigii mercenarj valutabili in danaro, e per i quali chi gli ha prestati avrebbe azione all' effetto di ottenere una ricompensa. Se la cosa data non eccede il prezzo dei servigii, vi è dazione in pagamento e nulla di più (5); ma se essa ha un valore superiore, vi è donazione per l'eccedente, e l' atto è di una natura mista. Si dovrà allora scindere l'atto, ed applicare, alla parte che forma dazione in pagamento, le regole che abbiamo date sull' evizione, e sulle obbligazioni del venditore (6).

(1) Molinèo, *De contr. us.*, q. 14, n. 182. Pothier, *Vente* n. 603.

(2) Ho dato altri dettagli sugli effetti della dazione in pagamento nel mio comento sulle ipoteche art. 2180.

(3) L. 24. Dig. *De pignor. act.* L. 4, c. *De evict.*

(4) Pothier, *Vente* n. 607.

(5) Pothier, *Vente* n. 608. Furgole, sopra l art. 20 dell' ord. del 1731. Ricard. donat. cond. n. 61 e seg.

(6) Pothier, *Vente* n. 610.

9. La medesima regola è applicabile alle donazioni onerose. Se l'onere è valutabile in danaro, ed eguaglia il valore della cosa donata, l'atto non è una donazione, ma partecipa piuttosto del contratto di vendita.

Ma se l'onere è di un valore inferiore, vi sarà donazione per il di più.

10. Si ritrova anche il miscuglio della vendita nel contratto di permuta, quando la permuta non si fa *del pari*, *but à but* (1), ed è stipulato un conguaglio in danaro. In questo caso, fino alla concorrenza del conguaglio, si ha una vendita (2).

11. Secondo i principii del dritto Romano, la divisione era assomigliata alla vendita. *Vicem venditionis obtinet*, dice la legge 1 al C. *com. utriusque jud* (3). Si riputava che ogni condividente cedesse all'altro la porzione indivisa che egli possedeva nella quota che toccava a quest' ultimo, e prendesse in cambio la porzione che questi aveva nella sua quota. D'onde risultava, che ciascheduna delle parti si trovava particolarmente aggravata degli oneri che uno dei condomini aveva imposti sul fondo durante la comproprietà; perchè il condividente non poteva prendere la parte del suo condomino, che nello stato in cui la trovava, e con gli oneri che la gravavano (4).

Dei principii affatto differenti sono stati introdotti nel dritto Francese, dalla giurisprudenza del parlamento di Parigi. La divisione non è in Francia un contratto di acquisto; esso non è altro che un atto, il quale determina la parte che ognuno aveva nella cosa durante la comproprietà. Molineo che era contemporaneo della nascita di questa innovazione, la combattè come un errore di cui era d' uopo affrettarsi ad arrestare i progressi (5). Ma la sua voce non venne ascoltata. Louet prese la difesa del parlamento di Parigi (6); le decisioni si moltiplicarono, e l' abrogazione dei principii del dritto Romano in materia di divisione divenne così certa, che niuno osò più lottare contro di essa (7). Si conoscono le disposizioni degli articoli 883, 1476, e 1872 del codice civile. Quindi non potrebbe esservi più alcun rapporto tra la vendita, e la divisione; quand' anche un compenso in danari fosse stato stipulato, la divisione non potrebbe essere assomigliata ad una vendita. Per esempio, Tizio e Sempronio sono comproprietarii per porzioni indivise di una casa che hanno comprata da Cajo. Dividono, e Tizio è obbligato dare a Sempronio una somma di 6000 fr. per stabilire l'eguaglianza. Secondo i principii del dritto Francese, consacrati dall' art. 833 del codice civile, si reputa che Tizio nulla riceva dal suo condividente, e in conseguenza nulla abbia da lui comprato; egli non è acquirente che di Cajo, il quale gli ha venduto la totalità della cosa che forma la sua porzione, coll' onere del conguaglio; e Sempronio riceve la sua porzione, che è la minore, unitamente al conguaglio, da Cajo, e non dal suo condividente (8).

A dire il vero, la divisione impone

(1) *Langage des coutumes.* Senlis, art. 224.

(2) Pothier, Retrait n. 92. Cout. de Paris.

(3) Voet, *Ad Pand. com. divid.*, n. 1. Pothier, *Vente* n. 631.

(4) L. 6, § 8, D. *Com. divid.* L. 7, § 4, *Quib. modis pignus. solv.* L. 3, § 2, *Qui potior.* L. 51, D. *De usuf. leg.*

(5) Sur Paris, § 1, glosa 9, n. 43.

(6) Lett. H, § 2.

(7) Pothier infatti non pensa neppure a discuterla. *Vente* n. 631.

(8) Pothier, *Vente* n. 631.

ai condividenti l'obbligazione di guarentirsi reciprocamente le cose che si trovano nella loro porzione; ma questa obbligazione deriva dal principio, il quale vuole, che l' eguaglianza regni nelle divisioni; essa è intieramente diversa da quella, che il venditore contrae verso il compratore, ed i suoi effetti non sono i medesimi (1). Siccome questa materia si collega all'interpetrazione dell' art. 884 del codice civile, è affatto inutile il discuterla in questo punto.

12. La licitazione è una vera vendita, quando è un terzo quegli che si rende aggiudicatario. Ma se è fatta in favore di uno dei condividenti, non è che una divisione, nè si può paragonare ad un contratto di vendita (2).

13. Veniamo ora al consenso.

Io non voglio rimontare agli art. 1109 e seguenti del codice civile, e riprodurre i principii generali intorno alla validità del consenso, che come ognuno sa dev' essere libero, e scevro d'errore, sulla cosa e sul prezzo. Questi principii, che sono stati sviluppati da Pothier (3) e da Toullier (4), fanno parte della materia delle obbligazioni in generale, e noi supponiamo che sieno conosciuti ed ammessi.

Perciò, se il venditore crede di vendere una cosa, e il compratore comprarne una diversa, il contratto è nullo (5). Lo stesso succede, se l' errore cade non sulla cosa medesima, ma sulla materia, come se mi si vendesse del rame per oro, del piombo per argento, dell' aceto per vino. (Art. 1110 del codice civile.) (6).

Per questo motivo chi ha venduto una tavola inargentata per argento massiccio, è obbligato a restituire il prezzo che ha già ricevuto, sebbene fosse in buona fede (7). Non verrà però condannato alla prestazione dei danni ed interessi, ogniqualvolta la circostanza della buona fede si realizzi, ed abbia egli avuto giusto motivo di errare (8). Ma se il suo errore è stato madornale o affettato, se è stato in frode, potrà essere condannato a indennizzare l' acquirente per il danno sofferto (9).

14. Ma se l'errore, invece di cadere sulla qualità *sostanziale* della cosa, non colpisse che una qualità *accidentale*, come per esempio, se l'oro di cui la cosa è composta, non fosse puro quanto io lo credeva, la vendita sarebbe valida (10). Nell' istessa guisa, se il vino che io credeva generoso, si trova essere di qualità inferiore, io non potrò ricusare di riceverlo, eccetto il caso in cui fosse stato cambiato (11). Se io compro degli abiti che vedo esposti in vendita, e che credo nuovi, non potrò fare annullare la vendita, qualora scuoprissi dipoi che sono stati portati diverse volte (12). In tutti questi casi si ha il consenso

(1) Pothier, *Vente* n. 633.

(2) Pothier, *Vente* n. 638 e seg. *infra*, n. 872.

(3) Pothier, *Oblig.*, n. 17 e seg.

(4) Cours de droit civil, parte Des oblig. tom. 6. Duranton, ediz. Tarlier, n. 114.

(5) Ulpiano, l. 9. Dig. *De cont. empt.*

(6) Idem, l. 9, § 2. D. tit. Duranton, tom. 9, n. 27, ediz. Tarlier.

(7) Giuliano, l. 41, § 1, Dig. *De cont. empt.* La legge 14, al medesimo titolo, sembra contraria. V. la conciliazione fattane de Pesserilus (*Conciliatio legum*, pag. 263), e di Voel (*De cont. empt.* n. 5.)

(8) Voet, *Cont. empt.* n. 6, *infra*, n. 533.

(9) A questo sole caso Voel riduce le leg. 21. § 2, Dig. *De act. empt.*

(10) Paolo, l. 10. Dig. *De cont. empt.*

(11) Ulpiano, l. 9. Dig. *De cont. empt.*

(12) Art. 1110 del codice civile. Pothier, *Oblig.* n. 18. L. 45. Dig. *De cont. empt.* Questa legge non deve essere ammessa che con qualche modificazione.

perfetto sulla cosa; il compratore ha potuto assicurarsi dei difetti reali della cosa istessa, deve dunque imputare a sè medesimo il non averne fatto conto, e di averla presa nello stato nel quale gli veniva presentata (1).

15. Del resto, non è però sempre facile il distinguere ciò che in una cosa è qualità sostanziale, o qualità accidentale. Il mezzo più sicuro sarà di ricorrere alla volontà delle parti, ed allo scopo che si sono prefisse nel contrattare. Se la qualità della cosa venduta, quantunque accidentale, è stata l'oggetto di una stipulazione espressa, ed è stata designata come motivo determinante pel compratore, essa diverrà sostanziale, e qualora manchi, la vendita sarà destituita di un consenso valido. Quindi, per esempio, se si conviene che l'abito che mi vendete, è un abito nuovo, perchè io non voglio comprarne uno che già sia stato portato, la vendita sarà nulla, qualora mi diate un abito vecchio restaurato in guisa da sembrar nuovo. Se mi vendete, dice Florentino, uno schiavo come letterato, o come esperto lavorante, e se ciò non pertanto è estraneo alla letteratura, o alla pratica del mestiere che io aveva in vista, la vendita sarà nulla, perocchè queste qualità di uomo letterato e di lavorante, hanno influito sul prezzo, e deciso la mia compra (2).

Il caso seguente è stato discusso dinanzi la corte di Parigi. Varisco vende a P. quattro quadri per il prezzo di 16,000 fr., de' quali 10,000 pagati in contanti, e il resto in un mandato a breve scadenza. Il venditore dichiara nella quetanza, che i quadri sono di Andrea del Sarto, di Claudio Lorenese, e di Vernet. Diverse volte, durante le trattative, P. aveva visitato i quadri, e gli aveva fatti stimare da persone intelligenti. Ma dopo la vendita, altre persone essendo state di opinione che i quattro quadri non fossero degli autori indicati, P. ricusa di pagare il resto del prezzo, e chiede la nullità della vendita per causa di errore.

Varisco sostiene che i quadri sono opera dei pittori ai quali gli ha attribuiti; ma aggiunge, che in dritto è impossibile di considerare come sostanziale una qualità di sua natura incerta, e quasi impossibile a constatarsi. Imperciocchè, escluso un piccolo numero di quadri celebri, l'origine dei quali è autentica, tutti gli altri non possono essere riconosciuti che col soccorso di vaghi indizii, di congetture più o meno precise, e di analogie sempre impugnabili. Se io mi sono ingannato, diceva egli, mi sono ingannato in buona fede: P. ha potuto assicurarsi del difetto della cosa venduta, perchè il vizio del quale si tratta non è un vizio nascosto (1642). L'accuratezza con la quale egli fece esaminare i quadri, prova che quando si è determinato a comprarli si è appagato del loro merito intrinseco.

Per decisione della corte di Parigi del 17 Giugno 1813, Varisco ottenne vittoria per i seguenti motivi « Considerando, che non si tratta di un « vizio nascosto; che l'appellante « enunciando ciò che egli pensava in« torno al nome degli autori, *nulla ha « guarentito a questo proposito, e non « ha fatto dipendere da questa condi« zione la sorte della vendita*, ec. (3). »

(1) Florentino, l. 43. D. *De cont. empt.* Ma vedasi in seguito ciò che succede pei vizii redibitorii, n. 544 e seg.

(2) L. 43. Dig. *De cont. empt.*

(3) Dalloz, *Vente*, tom. 28, pag. 60, ediz. Tarlier.

Questa decisione, che non adotta tutta la difesa di Varisco, è conforme ai principii. Siccome le circostanze della causa, provano che il nome degli autori non era la condizione determinata e sostanziale della vendita, ne consegue, che l'errore (supponendo che esistesse) non impediva che vi fosse consenso sopra un oggetto determinato, veduto e stimato, che il compratore aveva preso per buono nello stato in cui si trovava.

Ma la cosa andava altrimenti, se fosse stato formalmente espresso che il nome degli autori era la condizione *sine qua non* della vendita.

In una parola, come dice Pardessus, « l'errore sulle qualità, od altri « accessorii, è riputato sostanziale, e « rende nulla la convenzione nell' interesse di quegli che lo prendeva « in considerazione, quando contrattava (1). »

16. Quanto al consenso sul prezzo, ed alla lesione che può resultarne, ci occuperemo di questo punto comentando gli articoli 1674 e seguenti del codice civile.

17. Termineremo quello che dobbiamo dire sopra questo punto, rammentando, che sebbene il consenso debba essere libero, nulladimeno si può per causa di utilità pubblica costringere una persona a vendere una sua proprietà, ciò essendo conseguenza del dritto di sovranità riconosciuto in tutti i tempi (2).

Uno può essere egualmente costretto dal suo comproprietario a vendere l' immobile indiviso, che non è suscettibile di comoda divisione (3). Niuno infatti può essere costretto a rimanere nella comproprietà, e questo dritto, che emana dal pubblico interesse, poichè tende a liberare le cose dai vincoli che son nocivi al loro utile uso, al loro pacifico godimento, e alla loro circolazione nel commercio, fa soggiacere la libertà di vendere, che in ogni altra circostanza dev' essere rispettata.

Motivi non meno gravi e plausibili autorizzano anche la espropriazione forzata, ossia vendita coatta. In tal caso i creditori s'impadroniscono del pegno tacito che ha dato loro la convenzione, per farlo vendere essi invece del loro debitore, quand' anche quest' ultimo vi si opponesse.

Finalmente si può essere costretti a vendere anche per causa di utilità particolare. Per esempio, se io ho un possesso talmente compreso fra dei beni appartenenti ad altri, che non vi si possa accedere se non che passando sul terreno del mio vicino, io potrò costringere questo vicino a cedermi *justo pretio* un dritto di passo, per la parte che gli sarà meno incomoda (4).

18. Occupiamoci ora del modo col quale il consenso del venditore e del compratore dev'essere espresso. Questo punto è uno di quelli trattati dal nostro articolo.

Paolo c' insegna che presso i Romani il consenso non aveva bisogno di attingere dal dritto civile alcuna forma solenne (5). La vendita potrebbe farsi verbalmente, o per lettera, e tra persone assenti. Scevola decideva ancora, che il consenso poteva non essere che tacito, nel caso per esempio in cui un comproprietario ven-

(1) *Cours de droit comm.* n. 148.

(2) Lebret, Souverainetè, lib. IV, cap. 10. Despeisses, *Vente*, tom. 1, pag. 11, n. 9.

(3) Art. 815, 827 del codice civile, *infra*, n. 859.

(4) Art. 681, 682 del codice civile. Pothier, *Vente* n. 515.

(5) L. 1, § 2. Dig. *De cont. empt.* Cajo, inst. 3, 136.

dendo la totalità della cosa che gli appartiene per metà, l' altro comproprietario si associa alla vendita per la sua porzione, coll' esservi presente, e non manifestare alcun dissenso (1).

Giustiniano però credè dover dilucidare questo principio fondamentale col mezzo di una distinzione (2).

O le parti non hanno manifestato l' intenzione di ricorrere alla scrittura per completare la vendita, ed allora il dritto che abbiamo esposto rimane nella sua integrità; ovvero, al contrario, le parti hanno voluto che il contratto fosse disteso in iscritto e che la scrittura intervenisse come una condizione sospensiva della perfezione della vendita, ed allora il consenso non si tiene per dichiarato finchè non esiste l' atto che ne contiene l' espressione (3). Finchè il contratto non è redatto, la vendita non esiste, e ognuno dei contraenti può cambiare di sentimento, e disdirsi (4).

19. Il codice civile è stato concepito secondo le medesime idee del dritto Romano. Esso dice nel nostro articolo, che la vendita *può esser fatta tanto per atto autentico, come per iscrittura privata;* ma non impone l'obbligazione di formulare la vendita in un contratto solenne, o anche in un atto privato; la redazione in iscritto è una semplice facoltà rilasciata alle parti. Queste possono dunque contentarsi di una vendita verbale (5); e se non vi è dubbio sull' esistenza del consenso reciproco, quand' anche il consenso non fosse stato espresso che per via di parole non raccolte in scritto, la vendita non cesserebbe per questo di essere perfetta.

Si comprende infatti, che vi è un gran numero di casi nei quali la scrittura sarebbe una formalità che porrebbe ostacolo alla facilità delle transazioni. Quando si compra nei mercati e nelle botteghe, il consenso ver-

(1) L. 12. Dig. *De evict.* Pothier, Pand. tom. 1, pag. 488.

(2) Inst. *De empt. et vend.* L. 17, a. *De fide instr.*

(3) Ved. Pothier, Pand. tom. 1, pag. 488, n. 7. Ducaurroy, Inst. spieg. ediz. Tarlier, tom. 28, n. 1036. Si legge nella raccolta di Dalloz, che la vendita è *risolubile* finchè l' atto non è passato (*Vente*, pag. 51, n. 9). Questa parola è impiegata male a proposito. Perchè una vendita sia risolubile, fa d' uopo che esista; ora qui la vendita non esiste, ed è sospesa.

(4) Faccio osservare che io dò al testo delle Instituzioni e della legge 17. C. *De fide instrum.*, il senso che gli attribuiscono i migliori interpetri, e che sembra il più ragionevole. Perchè del resto, l' imperatore non configura il caso nel quale le parti avessero espressamente detto, che la scrittura sarebbe *una condizione sospensiva* della perfezione del contratto. Egli non parla che del caso, in cui la vendita si fa per iscritto « *quæ scriptura conficiuntur, quas in scriptis fieri placuit*, » ed oppone a questa vendita quella che si fa senza scritto, « *quæ sine scriptura consistunt.* » Ma quel è il caso in cui la vendita si fa in iscritto? Basta egli che le parti abbiano manifestato la intenzione di compilare un atto? Tale è la quistione che gl' interpetri si sono fatte; a loro è sembrato non potersi presumere che le parti avessero voluto derogare a quella regola del dritto delle genti la quale dice, che *il consenso, anche verbale, basta nella vendita*, se non che quando *chiaramente* si fosse manifestata la loro volontà, che la vendita fosse sospesa fino alla redazione del contratto, « *quatenus partes suum consensum a scriptura suspendissent*, » senza di che la semplice convenzione di distendere un contratto non è che una misura di cautela intervenuta per conservare la prova della vendita, e per somministrare ai contraenti maggior sicurezza e guarentigia. Tale è l' opinione emessa da Baldo sulla legge 17. C. *De transact.*, opinione che secondo il giudizio di Mornac (sulla medesima legge) è stata sempre seguitata in Francia, e che è rimasta indubitabile nella pratica forense, e nell' insegnamento. Essa è professata da Ubero, il quale pensa, che senza di lei, *alماis strages*

fieret in observantia commerciorum (*De cont. empt.* n. 2 a 3). Vinnio la professa egualmente (Inst. *De empt. et vendit.* n. 10), come pure Boutaric (sul medesimo titolo delle Inst.), Catellan, (lib. V, cap. 4) ec. Tuttavia, tale non sembra essere il sentimento di Pothier nelle sue Pand., tom. 1, pag. 438, n. 7. Ved. anche Voet *Ad Pand.* lib. XVIII, tom. 1, n. 3, *De cont. empt.*, e Fachin, Controv. l. 2, a. 97.

(5) Ma a tenore dell' art. 195 del cod. di commercio, la vendita dei bastimenti dev' essere fatta in iscritto.

bale è la sola maniera di contrattare compatibile coi nostri usi, e con i bisogni del commercio. La legge non esige un' altro modo. Soltanto quando si tratta di una vendita d'immobili, l' utilità e l' opportunità di un atto si fanno più vivamente sentire. Ma il legislatore ha pensato che questa non è una ragione per invocare la scrittura come solennità sostanziale di questo genere di contratti, e per rapire al consenso non controverso delle parti l'efficacia che deve avere. Spetta al venditore ed al compratore il prendere le loro precauzioni mediante le stipulazioni speciali che loro impone il proprio interesse (1). In una parola, in materia di vendita, l'istrumento del contratto è cosa ben diversa del contratto istesso: « *qua in* « *re, illud te scire oportet*, diceva Tiraqueau (2), *aliud esse contractum,* « *aliud instrumentum, sicut aliud continens, aliud contentum.... et id quidem liquet.... valere contractum sine* « *instrumento.* »

La scrittura non si richiede nella vendita, che per la prova. Ma quando la vendita non è impugnata, niuna delle parti può ricusare di eseguirla. Questa regola soffre eccezione unicamente quando è stato convenuto, come condizione sospensiva, che l'atto sarebbe compilato in iscritto, e la scrittura non è ancora intervenuta per dargli tutta la sua perfezione. La distinzione di Giustiniano sussiste nel nostro dritto, con tutta la forza che essa attinge nella sana ragione.

Così, per esempio, due persone fanno insieme un atto per iscrittura privata, che contiene la volontà sulla cosa e sul prezzo; ma convengono che ne sarà passato atto autentico. Come lo diceva Portalis nella sua esposizione dei motivi della vendita: « L'atto per iscrittura privata non è per « questo un semplice progetto. Si promette soltanto di aggiungervi una « forma più autentica; ma la sostanza « del contratto rimane sempre indipendente da questa forma..... Fù « costantemente giudicato (3) che una « vendita per atto privato fosse obbligatoria, sebbene sull' atto si fosse stipulato il riservo di far distendere la convenzione per atto pubblico, e sebbene il riservo non si « fosse mai realizzato...... *la redazione di una vendita privata per contratto pubblico non può essere riputata essenziale, fuorchè quando le* « *parti avessero dichiarato, che fino* « *a questa redazione il loro primo atto dovesse rimanere nei limiti di un* « *semplice progetto* (4). »

Tale è lo spirito del cod. civile (5).

Ma a me sembra che la giurisprudenza non vi si sia sempre uniformata. Prendendo infatti a rovescio la proposizione di Portalis, essa ha qualche volta opinato, che pel solo motivo dell' essere stato convenuto, che un atto sarebbe stato passato, la per-

(1) Discorso di Grenier, tribuno, sul titolo della vendita. Locré, tom. 7, pag. 1. Duranton, n. 34, ediz. Tarlier.

(2) *De retract. gentil.*, § 2, glos. 1, n. 1.

(3) Despeisses riferisce queste decisioni, tom. 1, pag. 12, n. 12. Vedine oltre, *infra*, n. 115. Cochin, tom. 6, pag. 160.

(4) Locré, tom. 7, pag. 5, ediz. Tarlier.

(5) Dalloz, (v. *Vente*) riferisce parecchie decisioni sopra questa materia, pag. 844. Una decisione della corte di Colmar del 6 Aprile 1809, fu proferita nell' ipotesi che il passaggio di un atto autentico fosse una condizione sospensiva della vendita, le basi della quale fossero state precedentemente convenute per mezzo di un atto privato. V. *infra*, n. 140, un'altra decisione di Colmar del 15 Gennajo 1813 in altro senso, e le mie osservazioni n. 142.

fezione della vendita rimaneva sospesa fino al passaggio di quest' atto, mentre la verità si è, che questa convenzione ha un carattere sospensivo, soltanto quando le parti glie lo hanno formalmente impresso.

È per siffatta ragione che noi vediamo la corte di Bourges determinarsi per la nullità della vendita in un caso in cui, allato della convenzione di passare un atto autentico, vi era evidentemente una vendita verbale perfetta, ed anche ridotta ad esecuzione con la numerazione di una parte del prezzo, e questa decisione fu emanata ancorchè nulla indicasse che le parti avessero voluto far dipendere la perfezione della vendita dalla redazione in iscritto del contratto (1).

I magistrati che vogliono restar fedeli allo spirito della legge, e alla purezza dei principii, dovranno esser premurosi di adottare un diverso sistema. La dottrina di Portalis sarà la loro guida migliore (2).

20. Ma prima di tutto, essi dovranno assicurarsi se la vendita, o verbale, o fatta per atto privato che sarà loro presentata come legge delle parti, è realmente un contratto avente tutti gli elementi della perfezione, o se invece è un progetto preparato, ma non consumato, o una sequela di trattative soggette ancora a conferma.

Tutto, sopra questo proposito, dipende dalle circostanze (3). È difficile di assegnare ai giudici delle regole *a priori*. Ciò non pertanto, Pothier ha somministrato alcune indicazioni, che non sono infruttuose (4). Così, interpetrando le parole seguenti cioè: *io voglio vendervi la tal cosa*, *io voglio comprarla*, egli prova esattamente con Fabio Del Monte, che codeste parole contengono una convenzione definitiva, anzichè una semplice trattativa; perchè voler fare una cosa che dipende dalla sola volontà senza il concorso di alcun fatto, è lo stesso che farla effettivamente.

Il dire al contrario: *io vorrei vendervi una tal cosa*, non offre al pensiero se non che una proposizione, la quale nulla ha di stabile e di definitivo: *verbum imperfecti temporis rem adhuc imperfectam significat.* Queste parole sono di Fabio Del Monte (5).

21. Ma i lavori dell' interpetre possono raccogliere dei documenti meno vaghi per il giudice, e dei principii più certi intorno alle vendite che si contrattano mediante lettere missive.

Questo modo di vendere e di comprare è egli tuttora ammesso nel sistema del codice civile? Qual è il momento preciso, nel quale la vendita così convenuta acquista la sua perfezione? Quali sono le condizioni volute perchè la corrispondenza delle parti faccia prova del loro consenso?

Tali sono le quistioni che presenta questa materia. Affrontiamo la prima.

Paolo dice nella legge 1, § 2. D. *De cont. empt.*, che la vendita può contrattarsi col mezzo di lettere missive. L'art. 109 del codice di commercio contiene la medesima disposizione, e poichè è nello spirito del codice civile il considerare come perfette le

(1) Decisione del 10 Novembre 1818. Dalloz, *Vente* tom. 28, pag. 55, ediz. Tarlier.

(2) Duranton ha trattato questo punto. Des Oblig. n. 47, e de la Vente, n. 39, e sembra che abbracci un opinione conforme.

(3) V. alcuni casi in Fabro. C. *De test.*, def. 23, e *De fide instit.*, def. 14.

(4) N. 33.

(5) Duranton, tom. 9, n. 46, ediz. Tarlier.

vendite verbali, è d' uopo concludere che a più forte ragione esso dia fede sufficiente alle vendite comprovate mediante la corrispondenza delle parti. Nulladimeno Toullier (1), è d' opinione che l'art. 1325, il quale prescrive che gli atti privati contenenti delle convenzioni sinallagmatiche non sieno validi, se non sono fatti duplicati, si opponga alla libera contrattabilità *per epistolam*; e crede, che l'art. 109 del codice di commercio debba considerarsi come una mera eccezione introdotta in favore del commercio.

Ma quest' opinione che il suo autore emette con ripugnanza, è stata combattuta con calore, e con solide ragioni da Merlin (2). L' art. 1325, che è un vero errore legislativo, dev'essere contenuto nei limiti del litterale suo testo. Ora, quando egli parla di *atto fatto per iscrittura privata* contenente delle convenzioni bilaterali, è evidente, che egli contempla solamente gli atti aventi una forma prescritta (*instrumenta*), destinati ad essere soscritti da ambe le parti. Esso non si riferisce in alcun modo alla corrispondenza, e alle lettere missive, che non sono nel numero degli atti aventi una forma prescritta, atti dei quali i giureconsulti hanno detto, che erano « *veritas apparens, probatio probata non probanda, nec quæ indiget discussione sive disceptatione fori, contra quam nihil potest allegari, quia veritas est notoria* (3). » La prova che nel linguaggio delle leggi, la corrispondenza è distinta dagli atti fatti per iscrittura privata, e che le parole *atti per iscrittura privata* non comprendono la corrispondenza, l'abbiamo nell' art. 109 del codice di commercio, il quale dispone, che: « Le compre e vendite si comprovano *per atti pubblici, per atti di scrittura privata, con la corrispondenza*; » dunque la corrispondenza è cosa diversa dagli atti privati, senza di che vi sarebbe nell' art. 109 un pleonasmo che non si potrebbe ammettere. Del resto, la quistione fu giudicata in questo senso con decisione normale della corte di cassazione, il 14 Frimajo anno XIV (4).

22. Vediamo ora in qual momento si operi la conclusione di una vendita che è stata trattata col mezzo di lettere missive. Io non posso dire che questo sia il punto difficile, giacchè la quistione in sè medesima è abbastanza semplice; ma dirò, che qui fù trovata qualche difficoltà.

Una lettera è il pensiero tradotto in iscritto, e mandato ad un assente; essa ravvicina gl' individui lontani l'uno dall' altro, e gli mette per così dire in presenza. « Leggendo io le tue lettere, scriveva Cicerone ad Attico dalla sua villa di Formiano, parmi essere in Roma; e, come avviene in tanta folla di affari, ora sentir una cosa, ora un' altra. *Romæ enim videor esse, quum tuas literas lego, et, ut fit in tantis rebus, modo hoc, modo illud audire* (5). »

(1) N. 325, ediz. Tarlier, tom. 4. Anche Duranton sembra essere di questo sentimento, tom. 9, n. 44, ediz. Tarlier. Delloz commette un errore, quando dice (Obligat., tom. 21, pag. 135, n. 3), che Toullier, *d' accordo con Merlin*, sostiene che l' art. 1325 non impedisce di contrattare per corrispondenza. Merlin al contrario combatte Toullier, perchè quest' ultimo autore crede che le lettere missive non sieno più un mezzo di contrattare. (Merlin, Réper. V Double ecrit.)

(2) *Loc. cit.*

(3) Tiraqueau, *De retract. gent.* § 2, glos. 1, n. 80, pag. 305.

(4) Merlin, Répert. V Double ecrit, n. 11. Dalloz non cita questa decisione al vocabolo *Obligations*.

(5) Lettera 41 ad Attico.

Quando quello al quale scrivo ha ricevuto la mia lettera, egli è informato delle mie intenzioni, e questo mezzo di comunicazione ha la medesima forza che se gliele avessi verbalmente espresse. Se mi risponde che accetta la mia proposizione, vi è allora concorso delle nostre due volontà, ed il contratto è formato.

23. Ma perchè ciò si verifichi, è d'uopo, dicono i più celebri autori (1), che la mia volontà abbia persistito fino al momento in cui il mio corrispondente ha ricevuto la mia lettera. Perchè, se avanti questo momento, io venissi a morte, o perdessi la ragione, o mi decidessi a rivocare il mio primo pensiero, il consenso del mio corrispondente interverrebbe solo e senza reciprocità della parte mia, e quindi gli elementi del contratto mancherebbero. « Licet mittens epistolam, dice Baldo (2), consentiat tempore quo mittit, tamen consentit tempore quo epistola pervenit ad eum cui mittitur, quia durat primus consensus; ex quo non reperitur mutatus, voluntas præsumitur durare. Et ideo, puto quod si antequam perveniat epistola, moriatur mittens vel efficiatur furiosus, quod tunc non contrahatur obligatio per epistolam, quia non durat voluntas nec intervenit consensus tunc temporis. »

Tuttociò è verissimo, e noi l'accettiamo, per ora, come indicazione del primo periodo, nel quale il consenso di chi ha scritto la lettera deve sostenersi. Io vi scrivo da Lione a Nanci, per farvi la proposizione di vendervi la mia villa, che io so andarvi a genio; ma essendo partito alcune ore dopo la mia lettera, ed avendo profittato del celere trasporto del battello a vapore della Saona, arrivo a Nanci prima della mia lettera, e vi faccio sapere, che ritiro la proposizione che vi ho fatta nella missiva che riceverete quella istessa sera. È evidente, che dal canto vostro non vi è più subietto di consenso.

24. Si è preteso, in una quistione portata alla corte di cassazione, che fino dal momento in cui lo scrittore della lettera l'aveva consegnata al messo del corrispondente, essa fosse divenuta proprietà di quest'ultimo, nè potesse essere più rivocata con una seconda lettera che l'avesse prevenuta. Si sosteneva quest'opinione sull'appoggio delle leggi 65, D. *De acq. rer. domin.*, e 14, § 17, Dig. *De furtis*, le quali decidono, che la proprietà di una lettera si acquista da quello che la fa prendere dal suo schiavo, o dal suo mandatario.

Ma questi due testi erano affatto inapplicabili, e fuor di luogo. Non si quistionava sulla proprietà della lettera; chi l'aveva scritta non pretendeva esserne rimasto padrone, ma sosteneva solamente, che fintantochè il suo corrispondente non l'aveva ricevuta in persona e letta, egli rimaneva in facoltà di ritirare le offerte che aveva nella lettera avanzate. Questo argomento è di una incontrastabile evidenza, perchè una lettera fa l'ufficio della parola, e nell'istesso modo che la parola non produce il suo effetto finchè non viene a colpire l'orecchio di colui al quale s'indirizza, una lettera parimente non addiviene istrumento reale e completo di

(1) Surdus, lib. I, Cons. 136. Alessandro, lib. V, Cons. 22, n. 9. Pothier, *Vente* n. 32. Merlin, Rép. *Vente*, tom. 36, pag. 51, Ediz. Tarlier.

(2) Sulla legge 1, D. *Mandat.*

comunicazione del pensiero, finchè non è letta dal corrispondente.

Io posso rivocare le promesse che feci in una lettera scritta e spedita, ma non letta da quegli al quale la diressi, in quella stessa guisa che non sono vincolato da parole, che io pronunziai, ma che non vennero intese dalla persona con la quale trattavo a voce.

Questa verità, al certo molto chiara per sè medesima, fu dimostrata da Merlin con quella profondità di erudizione che si rinviene in tutti i suoi scritti, ma che qui è accompagnata da similitudini bizzarre (come per esempio quella della camera acustica) (1), da distinzioni sottili, e da ipotesi nojose. Quando Merlin discute una quistione, la sviscera con un' abbondanza d'idee, che nuoce talvolta alla chiarezza delle sue deduzioni.

Ciò si riferisce alla prima epoca nella quale l' autore della proposizione fatta per lettera missiva deve persistere nella sua volontà.

Gli autori che abbiamo di sopra citati, cessano a questo punto le loro investigazioni. Ma è d' uopo però progredire più innanzi di loro se si vuole acquistare sopra questa materia delle idee più complete.

25. Diciamo dunque che il consenso dell' autore della lettera deve perseverare, non solo fino al di lei ricevimento, ma fino al ritorno dell'acconsentimento del corrispondente.

Non basta infatti, che il consenso persista fino a che il corrispondente abbia ricevuto e letto la lettera. Imperciocchè in questo stato di cose non vi è che una semplice proposizione, e tutti sanno, che una proposizione può essere ritirata finchè non viene accettata. È precisamente la stessa cosa che se io verbalmente vi proponessi la compra della mia casa. Sebbene voi abbiate perfettamente inteso e compreso la mia offerta, non sono peranche vincolato da alcun legame, e finchè non mi abbiate risposto: « *Accetto* » tutto rimane nei termini di una pollicitazione che non genera verun legame di dritto.

Neppure basta che il consenso del proponente perseveri fino al momento in cui il corrispondente gli scrive che accetta. Avvegnachè la risposta di accettazione di quest' ultimo, per l' autore della proposizione è un semplice *propositum in mente retentum*, finchè non l' ha ricevuta: ha egli dunque tempo a disdirsi, finchè la risposta contenente l' accettazione non gli è stata rimessa.

Sembra però che Pothier abbia un' opinione opposta; perch'egli esige la persistenza del consenso, solamente fino al tempo in cui *la parte ha dichiarato ch'essa accettava il contratto* (2). Ma io credo, o che Pothier siasi lasciato cadere in errore, o che piuttosto non abbia dato alla sua idea tutto lo sviluppo necessario per renderla completa. La nostra opinione è condivisa anche da Pardessus (3). È vero che essa è impugnata da Duranton (4); ma le ragioni di questo stimabile professore non mi sono apparse soddisfacienti. La logica innalza fortemente la voce contro il suo sistema, che contraddice tutte le regole che abbiamo esposte al n. 23, e che sono, per forza di analogia, applicabili alla risposta, come alla proposizione.

(1) Merlin, Rép., vocabolo *Vente*, tom. 36, pag. 52, Ediz. Tarlier.

(2) Pothier, *Vente*, n. 32.

(3) *Cours de Droit Commercial*, n. 250.

(4) Duranton, tom. 9, n. 45, Ediz. Tarlier.

Immaginate che io vi scriva da Nanci a Lione per offrirvi in vendita la mia casa situata in piazza Stanislao, per il prezzo di 40,000 fr.; che voi mi rispondiate da Lione il 5 Dicembre 1832 che accettate, ma che il 6 del mese istesso, innanzi che la vostra lettera mi sia pervenuta, io vi scriva di aver mutato sentimento. Si deve decidere che tra di noi non è accaduta la vendita.

26. Per la stessa ragione, la lettera che mi avete scritta per accettare la mia offerta, non contiene per voi un legame di dritto, finchè non mi è giunta. Voi potete mutar sentimento, e ritrattarvi per mezzo di una lettera che mi giunga con più celerità della prima, o che anche mi giunga contemporaneamente (1); perchè tra di noi dev' esservi reciprocità perfetta.

27. Ci rimane a dire, che se la corrispondenza di chi si ritratta avesse occasionato qualche spesa o qualche perdita all' altra parte, quegli sarebbe tenuto a indennizzarla. « Puto tamen, « dice Baldo (2), quod recipiens nuncium vel epistolam, si aliquas impensas fecisset vel damna habuisset propter nuncium vel epistolam, ante scientiam vel certiorationem de pœnitentia mittentis, ad expensas et damna posseret agere. »

Anche Pothier ha insegnato questa equitativa opinione (3). Egli cita per esempio d' indennità reclamabile, il dibasso della mercanzia, sopravvenuto tra il ricevimento della prima lettera e quello della seconda; perchè la proposizione contenuta nella prima missiva ha impedito il corrispondente di vendere ad altri, innanzi la diminuzione del prezzo.

Vi sarebbe egualmente motivo alla refezione dei danni ed interessi, se in vista dell' offerta fossero state fatte delle spese di spedizione (4). Queste dovrebbero rimborsarsi.

28. All' effetto che la corrispondenza delle parti faccia prova del loro consenso alla vendita, è indispensabile che essa contenga la manifestazione di un consenso bilaterale; perchè se non si producesse altro che la lettera di chi fece l' offerta, senza la risposta dell' altra parte per far conoscere la di lei accettazione, mancherebbe la prova di un contratto, *duorum in unum placitum consensus.*

29. Io opino che l' acconsentimento di quegli al quale l' offerta è stata fatta mediante una lettera missiva, potrebbe provarsi con un fatto di esecuzione, che dal canto suo farebbe le veci di una risposta.

Voi mi chiedete con una lettera del 10 Gennajo 1831 di comprare da me per 3000 fr. una botte di vino di Bordeaux che ho nella mia cantina, e di cui avete bisogno pel dì 11 del medesimo mese a mezzogiorno; io non vi rispondo sul momento, ma all' ora ed al giorno indicati vi spedisco il vino richiesto, e vi prego di mandarmene il prezzo. Si deve decidere che v' è contratto sinallagmatico, e che voi non potete ricusare di eseguire il contratto. Il vostro consenso sul-

(1) Merlin, Répert., V *Vente*, tom. 38, pag. 44. Argomento della decisione di cassazione del 1° Settembre 1813, che vi è riferita, e col caso della quale si trattava di due lettere che erano state contemporaneamente recapitate, e delle quali, la prima conteneva pura e semplice accettazione, e la seconda accettazione modificata. Non ho trovato questa decisione in Dalloz.

(2) Sulla legge 1. Dig. *Mand.*

(3) Pothier, *Vente*, n. 32.

(4) Pardessus, n. 250.

la cosa e sul prezzo è provata dalla vostra lettera; il mio lo è dalla spedizione fattavi del vino, innanzi di ricevere da voi alcuna disdetta. Da ambe le parti vi è un legame di dritto.

30. Ma se invece di farvi pervenire la cosa nel giorno e nel luogo convenuti, ve l' avessi inviata in altra epoca, e in luogo diverso, siccome in tal caso vi sarebbe divergenza tra la vostra intenzione ed il fatto col quale avrei ad essa corrisposto, la vendita sarebbe rimasta imperfetta.

Lo che fu giudicato dal parlamento di Parigi nel caso seguente:

Il De Sailly, sapendo che il Pasquier aveva due cavalli che voleva vendere per la somma di 1150 lire, lo invitò in iscritto a mandarglieli l'indimani a 9 ore, esibendosi di pagare le 1150 lire, a chi condurrebbe i cavalli. Pasquier in luogo di mandarli alle ore 9, non gli mandò che a mezzogiorno in una casa terza. Sailly ricusò di ricevere. Intimazione dalla parte di Pasquier, che ottenne una sentenza contumaciale. In appello, Sailly dedusse due mezzi di difesa. In primo luogo sostenne (e qui trovo che il suo sistema non era ammissibile), che non vi era vendita, perchè nel modo istesso che il De Sailly non avrebbe potuto far condannare Pasquier a consegnarli i cavalli, Pasquier non poteva costringerlo a riceverli; che la lettera non obbligava le parti reciprocamente, perchè De Sailly solo vi parlava, e non obbligava Pasquier; sostenne in seguito (e questo era il vero argomento della causa) che Pasquier non avendo mandato i cavalli all' ora ed al luogo indicati, la proposizione sua non era stata accettata, e che perciò non vi era vendita. Sopra di che intervenne sentenza, la quale assolse Sailly dalla dimanda, e dalle spese (1).

Io credo che il parlamento siasi fondato sopra questa seconda parte della difesa, per dar vittoria al De Sailly. Per rapporto all'altro argomento, se avesse trionfato nello spirito dei giudici, ciò sarebbe avvenuto in conseguenza di un' errore facile a dimostrarsi.

Cosa dimandava Sailly nella sua lettera contenente la prima proposizione del contratto? Egli pregava Pasquier di fargli condurre i cavalli che voleva comprare. Non chiedeva a Pasquier che gli mandasse precedentemente una risposta scritta. Facendo un'offerta, invitava Pasquier a rispondervi con un fatto. Se dunque Pasquier avesse mandato i cavalli all'ora e nel luogo indicati, tutto avrebbe proceduto nei termini della proposizione.

Avveniva solo in forza di una confusione d' idee, che De Sailly diceva: « Io non potrei far condannare Pasquier, perchè non ho alcuno scritto di lui; egli dunque non può farmi condannare in virtù del mio scritto. Non esiste vendita, perchè non vi è nella nostra posizione alcuna reciprocità. »

Senza dubbio la spedizione della lettera De Sailly a Pasquier non poteva produrre alcun mezzo di coercizione contro quest' ultimo. Perchè, non essendovi peranche che una semplice proposizione dalla parte De Sailly, nulla costringeva Pasquier a deferirvi. Ma dal momento in cui Pasquier aveva mandato i cavalli richiesti, tutto cambiava di aspetto, la vendita diveniva perfetta. Sailly era obbligato a

(1) Merlin, Répert., V *Lettre* n. 5.

pagare il prezzo, Pasquier a guarentire la cosa. Vi era obbligazione correspettiva, e in quella guisa che Pasquier poteva servirsi della lettera per esigere il prezzo, Sailly poteva egualmente argomentare dal fatto di esecuzione emanato da Pasquier, per esigere che soddisfacesse alle sue obbligazioni di venditore. Sailly adunque s' ingannava dicendo, che una tal vendita produceva dei vincoli di dritto dalla sua parte soltanto, mentre ne generava per ambedue.

Ho dovuto insistere sopra questo punto di dottrina, perchè mi sono accorto, che si fa uso da taluni assai spesso degli equivoci che hanno presieduto alla difesa De Sailly, per rendere oscura una materia, che a me sembra chiara.

31. È in forza di simile errore, che la corte di Poitiers decise, con sentenza dell' 11 Ventoso anno X (1), che la prova di una obbligazione correspettiva, come una vendita, non potrebbe resultare da lettere missive, *che l' una o l' altra delle parti può sopprimere*, giacchè altrimenti si porrebbe una delle parti a discrezione dell' altra, ec.

Sarebbe oggi inutile di combattere una tale decisione che urta di fronte l' art. 109 del codice di commercio (2). Vi si scorge un errore, che non dissomiglia da quello che abbiamo poco fa segnalato nella difesa del De Sailly. La corte di Poitiers non ha osservato che essa confondeva il caso in cui la corrispondeuza è riconosciuta e prodotta, con qnello in cui essa fosse negata e mutilata; presso a poco, come se si confondesse il caso nel quale la vendita è concordata dalle parti, con quello in cui è ostinatamente negata.

Senza dubbio! se la corrispondenza non è concordata o riconosciuta, una delle parti può nascondere in pregiudizio dell' altra uno degli scritti che la compongono (3). Sotto questo rapporto, del rimanente, vi è eguaglianza di posizione tra le parti. Ma non consegue da questo, che quando la corrispondenza è prodotta e riconosciuta, non le si debba prestar fede pel solo motivo, che innanzi di venir prodotta, avrebbe potuto essere soppressa. Questo sarebbe lo stesso che dire, che la confessione di un individuo non è una prova sufficiente, perchè innanzi di farla, avrebbe potuto imbarazzare il suo avversario col gettarsi alla negativa!

32. Abbiamo veduto al n. 21, che quando le parti distendono un atto privato contenente una convenzione di compra e vendita, quest' atto deve esser fatto duplicato. Tale è la disposizione poco razionale dell' art. 1325 del codice civile, il quale prescrive inoltre, che ciascun originale contenga la menzione del numero degli originali. Bourjon ci fa sapere, che questa era la giurisprudenza del Castelletto di Parigi (4), e se ne dichiara partigiano, perchè, dice egli, « senza una « doppia scrittura non vi sarebbe alcun vero legame di dritto recipro« co; la reciprocità, ch' è l' anima di « questo contratto, cesserebbe. Niuna

(1) Dalloz, *Vente* tom. 28, pag. 53, ediz. Tarlier.

(2) V. *supra*, n. 21. Duranton però approva questa decisione (tom. 9, n. 44, Ediz. Tarlier).

(3) In un caso, nel quale la corrispondenza di una delle parti soltanto era prodotta, mentre quella dell' altra era negata, intervenne una decisione della corte di Agen del 17 Gennajo 1824, che è necessario non confondere con quella di Poitiers che noi confutiamo.

(4) Era anche quella del parlamento. (Merlin, Rép., V Double écrit.)

« delle parti potrebbe provare che es- « se erano egualmente e scambievol- « mente obbligate (1). » Queste ragioni sono sembrate sufficienti ai redattori del codice per dare il loro suffragio a una tale giurisprudenza; ma niuno spirito riflessivo può rimanerne soddisfatto. Dalla fiducia che ha animato una delle parti, e in seguito della quale ha trascurato di farsi rimettere un originale, e dalla facilità in cui per effetto di tal negligenza è stata posta l' altra parte di sopprimere il solo originale deposto nelle sue mani, non risulta altro che questo, cioè che vi è stata troppa correntezza e troppa imprudenza nel fatto di quegli che non ha saputo meglio vegliaro alla conservazione dei suoi dritti. Ma farne derivare la conseguenza, che quando l'originale sia prodotto munito della sottoscrizione di tutte le parti, non faccia prova letterale della convenzione, è lo stesso che dare un incoraggimento alla mala fede, e un rovesciare tutti i principii della giustizia.

L' art. 1325 si affretta però a correggere almeno in parte il vizio che lo infetta, disponendo che la mancanza di menzione del fatto duplicato o triplicato, non può essere opposto da quegli che ha eseguito la convenzione stipulata nell'atto. Ciò è un progresso sulla giurisprudenza del parlamento di Parigi, il quale non voleva fosse protetto il vizio dall' esecuzione (2).

33. È stata vivamente discussa la quistione, se un atto privato non duplicato, possa servire di principio di prova scritta.

Duranton professa la negativa (3). che è stata adottata da alcune decisioni (4). Ma si deve preferire l' opinione contraria sostenuta con abilità e con vigore da Toullier (5), abbracciata da Merlin (6) e Delvincourt (7), e verso la quale tende attualmente a dirigersi la giurisprudenza delle corti reali (8); l'art. 1347 gli presta la forza della definizione che dà della prova scritta.

34. Del resto però, allorquando una vendita per atto privato è stata rivestita di tutte le formalità volute dalla legge, ed è stata registrata, può essere opposta ai terzi, come se fosse autentica. Può essere egualmente inscritta per conservare il privilegio del venditore, come ho detto nel mio comento sulle Ipoteche.

35. Vi sono delle forme particolari per le vendite pubbliche, per esempio per l'espropriazione forzata, per le vendite di beni appartenenti ai minori, per le vendite all' incanto dinanzi un notaro, per la vendita dei mobili pertinenti ad una successione, per le licitazioni, per la vendita dei beni comunali, e dei beni degli ospizii (9); ma il dettaglio delle formalità che vi si riferiscono, spetta all' interpetrazione del codice di procedura, che ne tratta espressamente (10); o alla illustrazione della legislazione speciale che regola queste particolari transazioni.

(1) Droit commun., tom. 1, p. 471, n. 3 e 4.

(2) Merlin, Rép., V Double écrit, n. 8.

(3) Dissert. in Sirey. 21, 2, 75, e Favard, V *Acte sous seing privé.*

(4) Aix, 23 Nov. 1813. Merlin, Rép., V Double écrit, n. 11, e Paris, 27 Nov. 1811, id.

(5) Tom. 9, n. 83, tom. 8, 322, 323, Ediz. Tarlier, tom. 5 e 4.

(6) Merlin, Répert., V Double écrit.

(7) Tom. 6, pag. 73.

(8) Caen, 1° Maggio 1812. Dal. Oblig. (tom. 21, pag. 215, Ediz. Tarlier). Argomenti delle decisioni di cassazione e di Lione, riferiti da Sirey, 1829, 1, 196, 199, e 2, 230.

(9) Legge del 5 Nov. 1790, tit. 2. Decreto del 12 Agosto 1807. Leber, *Hist. critique du pouvoir municipal* pag. 543.

(10) V. anche Pothier, *Vente* n. 517 e seg.

ARTICOLO 1583.

È perfetta tra le parti, e la proprietà si acquista di dritto dal compratore riguardo al venditore, al momento che siasi convenuto della cosa e del prezzo, quantunque non sia seguita ancora la tradizione della cosa, nè pagato il prezzo.

SOMMARIO.

36. Origine del nostro articolo nel dritto Romano.
37. Nulladimeno vi è una differenza capitale tra la teoria del dritto Romano, a quella del dritto Francese. Secondo il primo, l' obbligazione non trasferiva mai la proprietà: vi voleva di più la tradiziona.
38. Questa succedeva ancora nell' antica giurisprudenza Francese.
39. In seguito di una notabile modificazione del codice civile, l' obbligazione trasferisce la proprietà.
40. Difesa di questo sistema contro i suoi detrattori. Importanza della volontà e della libertà nel nuovo dritto. Progresso che ne deriva.
41. Esame della quistione, se la vendita trasferisca la proprietà tra le parti soltanto.
42. 1ª Rapporto ai mobili, la proprietà non si trasferisce nei terzi, che con la tradizione. Motivo di questa disposizione.
43. 2º Quanto agli immobili, la traslazione della proprietà si effettua senza la tradizione.
44. Inconvenienti di questo sistema. Rinvio.
45. Ma in qualunque modo, è d' uopo sottomettervisi. Inutili sforzi di Jourdan per dargli un diverso significato. L' intenziona del codice civile è chiara, nè ha bisogno di essere interpetrata legislativamente.
46. Esame di alcuni articoli del codice che sembrano opposti alla traslazione della proprietà riguardo ai terzi senza tradizione. Alcune imperfezioni di questi articoli.
47. Riepilogo della teoria del codice civile.
48. Ma la vendita sola non basta per trasferire la proprietà, quando la cosa venduta è indeterminata.
49. Casi nei quali gli effetti della vendita sono sospesi. Rinvio.

COMENTO.

36. L' origine del nostro articolo si trova nelle leggi Romane. « Consensu fiunt obligationes in EMPTIONIBUS, VENDITIONIBUS, locationibus, conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis consensu dicitur obligatio contrahi, quia neque scriptura, neque præsentia omnimodo opus est, *ac ne dari quidquam necesse est*, ut substantiam capiat obligatio, sed sufficit eos, qui negotia gerunt, consentire. » Tale è il linguaggio delle Instituzioni (1). Quelle parole *ac ne dari quidquam necesse est*, indicano chiaramente che la numerazione del prezzo, e la tradizione della cosa, non sono necessarie per la perfezione della vendita. Le leggi 9 e 12, al codice *De contrah. emptione*, ripetono anch' esse, che l'obbligazione è divenuta intieramente perfetta, sebbene il prezzo non sia ancora sborsato (2). Fin qui adunque vi è perfetta conformità tra il sistema del dritto Romano. ed il nostro articolo.

37. Ma ecco una differenza capitale tra le due teorie. Nel dritto Romano, il consenso sulla cosa e sul prezzo non era sufficiente per trasferire

(1) *De consens. oblig.*, lib. III, c. 22.
(2) V. anche *Inst. de empt. in principio*, e Despeisses, tom. I, pag. 13, n. 13.

la proprietà; era di più necessaria la tradizione della cosa. Perchè, secondo i principii, le obbligazioni non trasferivano giammai la proprietà. Il dominio delle cose non si acquistava che mediante la tradizione, ossia immissione in possesso dell'acquirente. « *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur* (1). » La vendita era perfetta senza la tradizione, in questo senso che produceva un legame di dritto, un'obbligazione di consegnare la cosa. Ma questa obbligazione era del tutto personale, nè permetteva all'acquirente di agire coll'azione *rei vindicatione*, come proprietario della cosa. Il vero proprietario, innanzi la tradizione era il venditore. Tale era la decisione espressa delle Instituzioni (2). « *Qui nondum rem emptori tradidit*, « *adhuc ipse dominus est* (3). » Lo che portava alla conseguenza, che se la stessa cosa era venduta a due dal medesimo padrone, la preferenza spettava a quello che pel primo era stato messo in possesso della cosa (4).

38. Questi principii venivano osservati nell'antica giurisprudenza Francese (5). « Quando il venditore, dice « Pothier, è proprietario della cosa, « ed ha capacità di alienarla . . . l'effetto della tradizione è di far passare nella persona del compratore « la proprietà della cosa venduta, « purchè il compratore ne abbia pagato il prezzo, o il venditore abbia « seguito la sua fede.

« Il contratto di vendita non può « produrre di per sè quest'effetto. I « contratti non possono avere altra « forza che di formare delle obbligazioni personali tra i contraenti. La « sola tradizione fatta in conseguenza del contratto può trasferire la « proprietà della cosa che ne è stata « il soggetto (6). »

39. Il codice civile ha seguito un sistema opposto, le conseguenze del quale danno al dritto Francese una fisonomia affatto particolare. Esso attribuisce alle obbligazioni l'effetto di trasferire la proprietà (art. 711), e decide nel nostro articolo, che l'acquirente è investito di dritto, della proprietà della cosa venduta, pel solo potere del consenso, e anche nel caso che non sia seguita la tradizione, o il pagamento del prezzo (7).

40. Questa innovazione è stata severamente criticata. Essa è sembrata contraria alla natura delle cose, e vi si è veduto un'estensione forzata data all'efficacia delle obbligazioni (8).

(1) Diocl. e Massim. l. 20, C. *De pactis*, l. 11, C. *De act. empt.*, l. 15, C. *De rei vendicat.* Paolo. Sent., lib. V, tom. 10, § 4, n. 4. Vinnio sulle *Inst. de oblig.* Pothier, Pand., tom. 3, pag. 112, n. 62 e seg. Ducaurroy, *Inst.*, n. 952, e dal n. 393, fino al n. 405.

(2) *De empt. vendit.* § 3, *in fine.*

(3) Ducaurroy, *Inst. expl.* n. 1039.

(4) Paolo, Sentent., lib. V, tom. 10, § 4, n. 4. L. 15. C. *De rei vendicat.* Diocl. e Massimo.

(5) Merlin, Réper., V Tradition, n. 2. Pothier, *Vente*, n. 308. Capitol. di Carlom., lib. VII. c. 279. Decisione del parlamento di Parigi, 24 Aprile 1595, Louet, lett. 5, § 1.

(6) *Vente*, n. 319. Egli ne sviluppa le conseguenze n. 320 e seg., e Bourjon, t. 1, pag. 146, n. 11.

(7) « Certamente, dice A., in Themis, t. 4, « pag. 447, se il codice civile si è discostato dal « dritto Romano, in niuna parte ha operato un cam« biamento tanto grave e tanto fecondo in conseguen« ze, quanto in quella nella quale è venuto ad attri« buire all' *obbligazione di dare*, la forza di trasferire « la proprietà. »

(8) Già nell'antica giurisprudenza, Grozio ed Ubero, avevano provato che la tradizione non era necessaria, per dritto delle genti, a trasferire la proprietà tra le parti (Grozio, *De jure pacis et belli*, lib. II, c. 12, n. 15. Ubero, Digress, lib. IV, c. 8 e seg., e sul Dig. *De peric. et com. rei venditæ*, n. 2). Louet riferisce i tentativi che furono fatti all'epoca della decisione del 1593, per dare al contratto di vendita un effetto traslativo. Lett. 5, § 1.

Io ho un'opinione differente.

Il dritto è suscettibile di progresso. A misura che viene perfezionandosi, si libera dalle forme materiali inutili, e tende a rivestire una forma più astratta. Si comprende facilmente, che procedendo in tal modo, la volontà pura dell'uomo debba acquistare un'importanza maggiore. In questo stato di cose, la volontà è meno dominata dalla tirannia delle solennità esteriori, nè è più tanto necessario che si manifesti con dei fatti esterni, e con degli atti fisici. Tutta la sua forza emerge da sè medesima, e si fa rispettare per la sola ragione che emana da un individuo libero. In una parola, quì il dritto civile si associa con la libertà, e gli presta la sua sanzione in ciò che essa ha di legittimo. Questo è il dritto in tutta la sua maggior perfezione.

Presso i Romani, l'elemento democratico del dritto, cioè la volontà, o il che torna lo stesso, la libertà dell'individuo, era ben lungi dall'aver ricevuto tutto lo sviluppo compatibile con la ragione e con l'equità. Nei suoi rapporti con la famiglia, con la proprietà, con l'uomo ec., la libertà del cittadino era inceppata da forme moltiplici, e da gravose restrizioni. Io non voglio quì annoverarle, ma sarebbe facile citarne degli esempii. A mio parere, una di queste arbitrarie restrizioni introdotte dalla schiavitù delle forme, era la necessità della tradizione, per rendere completa tra le parti la traslazione della proprietà (1). Imperciocchè la volontà, positivamente espressa, di trasferire la proprietà e di acquistarla, non ha bisogno di un atto esterno di presa di possesso, per operare la sostituzione di una persona all'altra nel dritto che si deduce in convenzione. In buona fede, in ragione, la volontà supplisce al fatto, o per meglio dire, essa medesima è un fatto morale, investito di una virtù esecutiva che spiega la sua forza sulle cose per imprimere sopra di loro il marchio della sua potenza. Cos'è mai in sè medesimo un fatto fisico, qual'è per esempio una presa di possesso? Nulla evidentemente, senza il concorso della volontà che gli dia un senso, ed una moralità. Per lo contrario, senza il concorso del fatto, la volontà genera dei dritti, gli trasforma e gli modifica. Se l'uomo astrae dalla sua cosa la volontà che ha di possederla, sull'istante cessa questa di appartenergli, senza che egli abbia bisogno di operare un atto simbolico per esprimere il suo abbandono. Ciò a prima vista si comprende, e tutti i giorni lo vediamo accadere sotto i nostri occhi. Nel modo istesso, la volontà dell'uomo trasportandosi sulla cosa che gli vien ceduta, se ne impadronisce, e per così dire, se l'assoggetta, e ne prende possesso. Fin da questo punto vi è tutto ciò che è necessario perchè la proprietà sia indispensabilmente trasferita. Là dove la volontà ha in sè stessa una energia abbastanza potente per abdicare la proprietà, la logica vuole che sia eziandio bastante per acquistarla.

I Romani non avevano intieramente ignorato questa verità, perchè talvolta si vede nel loro dritto trasferire la proprietà senz'alcun atto di presa di possesso; per esempio nel *per vindicationem* la cosa si acquistava dal legatario per la sola virtù delle parole delle quali si era servito il testatore (2). Nella stessa maniera, la successione passava nella persona dell'e-

(1) Toullier è di questo stesso sentimento, tom. 4, n. 59, Ediz. Tarlier, tom. 2.

(2) Cajo, Inst., 1, 194.

rede suo, senza che questi fosse obbligato ad alcun atto di presa di possesso (1). Ma queste erano eccezioni state introdotte per motivi particolari.

Il codice civile si è maggiormente innoltrato nelle nozioni della filosofia del dritto, generalizzando il principio, che la volontà appoggiata ad un titolo legittimo, basta, senza presa fisica di possesso, per trasferire la proprietà. Le successioni passano da una in un'altra persona, pel solo effetto della massima *il morto investe il vivo (le mort saisit le vif)*. I testamenti investono i legatorii della proprietà delle cose legate, in virtù della potenza che si connette ad un'ultima volontà non contraddetta dalla volontà della persona gratificata. La donazione, debitamente accettata, trasferisce la proprietà senza tradizione (art. 938). Il codice avrebbe deviato da questo sistema così semplice e così vero, che assicura alla volontà dell'uomo la sua nobile preponderanza, se avesse ricusato ai contratti la medesima efficacia. Non lo doveva fare, nè l' ha fatto. La buona fede, l' equità, la logica, debbono congratularsene.

Tuttociò che è permesso dire si è, che attesa l' imperfezione di alcuni dettagli, i compilatori del codice hanno lasciato penetrare nel loro lavoro delle sinistre contraddizioni, che producono dell' oscurità nell'insieme (2). Ma in sostanza il sistema esiste; egli è tracciato con evidenza ne'sommi suoi capi, e nel nostro articolo in ispecie se ne scorge sensibile il carattere.

Per tal modo adunque, la vendita non è più un contratto che produca un semplice *jus ad rem*, come al tempo di Paolo e di Pothier (3); genera anzi il *jus in re* (4); trasfonde nell' acquirente la proprietà, e la colloca sotto la salvaguardia dell' azione vendicatoria, che appartiene al padrone della cosa.

41. Ma il nostro articolo è concepito in tali termini, che sembrano, a prima vista, ristringere il cerchio di queste innovazioni tra il venditore, e il compratore: « la vendita è perfetta « *tra le parti*; la proprietà si acquista « dal compratore *riguardo al vendito- « re.* » Dovrà dunque dirsi, che a riguardo del terzo si rimane sotto l'impero dei principii antichi?

La quistione dev' essere considerata sotto due punti di vista: l' uno de' quali si riferisca alla vendita dei mobili; l' altra a quella degli immobili.

42. Quanto alla vendita dei mobili, la soluzione si trova nell' art. 1141 del codice civile: « Se la cosa che « taluno si è obbligato di dare, o di « consegnare successivamente a due « persone è puramente mobile, quel- « la fra di esse, cui ne fu dato il pos- « sesso reale sarà all' altra preferita, « e resterà proprietaria ancorchè il « suo titolo sia posteriore di data, pur- « chè il possesso sia di buona fede. »

La conseguenza è facile a dedursi.

Se la vendita dei mobili è perfetta tra le parti in virtù del consenso, se la proprietà è trasferita di dritto nell'acquirente a riguardo del venditore, per il solo effetto del contratto (1583),

(1) Ducaurroy, n. 666 e 830. L. 6, § 5 e 6. Dig. *De acq. vel amitt. hæred.*

(2) Jourdan ha indicato le incoerenze in Thémis, tom. 5, pag. 480. Noi torneremo presto sopra questo particolare.

(3) Pothier, *Oblig.*, n. 151.

(4) Toullier, tom. 6, (Ediz. Tarlier, tom. 3), n. 202 e seg.

non è lo stesso però a riguardo dei terzi. Per rapporto a questi, la vendita non diviene perfetta, che con la tradizione reale ricevuta in buona fede; per loro, il vero acquirente non è il latore del titolo che sia primo per la data, ma il possessore della cosa, sebbene il titolo di quest'ultimo sia posteriore. Perciò i creditori del venditore possono, nonostante la vendita di un mobile fatta senza tradizione, ossia traslazione, far gravare, e vendere questo mobile a danno del loro debitore che ne ha conservato il possesso (1). In una parola, la celebre legge *quoties*, cod. *De rei vindicat.*, sussiste in tutta la sua autorità per la vendita dei mobili; il codice civile coll'art. 1141, l'ha espressamente ratificata, a condizione però che il possesso sia di buona fede (2). La ragione di questo è quel principio fondamentale, che fa la sicurezza del commercio, vale a dire: che *in materia di mobili, il possesso produce l'effetto stesso del titolo* (2279 del codice civile) (3), soprattutto quando è sostenuto da una causa tanto legittima quanto un titolo di vendita accettata in buona fede dall'acquirente (4).

43. Ma nella vendita di un immobile, non si può mettere in dubbio che il codice si basi sopra differenti principii (5); nè la tradizione, nè la trascrizione, che è una specie di presa di possesso figurata, sono richieste da alcun testo per investire della proprietà l'acquirente in rapporto del terzo. D'onde emana questo corollario, che tra due acquirenti del medesimo immobile, la preferenza si regola sulla data del titolo, il che porta seco la distruzione di tutte le idee adottate nell'antica giurisprudenza e nel dritto Romano.

44. Io ho altrove altamente censurato questo sistema del codice civile (6). Credo aver dimostrato che la legge ipotecaria del Brumajo anno VII, la quale esigeva la trascrizione della vendita, perchè potesse venire opposta ai terzi, meritava la preferenza sulle disposizioni della nuova legge. In nome della buona fede, del credito tra particolari, e della stabilità della proprietà, io desidero una riforma sopra questo punto così importante, e tanto grave. Non è già che io mi lasci influenzare da veruna delle idee che nel dritto Romano non potevano separare l'alienazione della proprietà dalla tradizione, idee affatto materiali, che io non ha guari mi sono sforzato di combattere. Il mio punto di vista è diverso; io lo colloco nella necessità di far nascere la fiducia, e di somministrare delle guarentie alle operazioni d'imprestito sopra un pegno immobile. Mi sembra, che siccome l'ipoteca si annunzia al pubblico con dei segni certi, convien completare questo sistema salutare, ponendo la proprietà che gli serve di fondamento, al coperto dalle manovre fraudolenti, che sono tanto facili nelle mutazioni segrete (7).

45. Altri giureconsulti sono stati, come io, convinti di questo bisogno imperioso. Ma invece di prendere il codice civile nello stato nel quale si

(1) Bourjon, tom. 1, pag. 146, n. 11, til. 1, cap. 6, sez. 3.

(2) Delvincourt, tom. 5, pag. 224, note. Toullier, tom. 6, n. 205. Duranton, *Des Oblig.*, n. 431.

(3) Bourjon, tom. 1, pag. 145, n. 1 e 146, n. 11.

(4) Ved. sull'art. 1616, quando vi è tradizione di mobili.

(5) *Junge* Duranton, *De la Vente*, n. 19.

(6) Prefaz. del mio comento sulle Ipoteche.

(7) *Loc. cit.*

trova, hanno tentato di piegarlo alle loro idee sistematiche, e farne risultare, per mezzo di laboriosi sforzi, delle cose ben diverse da quelle che i suoi redattori vi hanno posto. Jourdan ha voluto trovarvi talvolta la necessità della tradizione, tal altra quella della trascrizione; ma ben tosto si è convinto, che il suo spirito si esauriva sopra elementi ribelli alle sue teorie; e ciò nonpertanto, piuttosto che convenire, che il codice civile aveva operato una immensa innovazione, sopprimendo, e la tradizione, e la trascrizione in fatto di alienazione d'immobili, ha voluto concludere per l'interpetrazione legislativa della legge, come oscura, incoerente, piena di antinomie, e agevole a prestarsi ai sistemi i più opposti (1).

Io non ho nel codice civile una fede tanto grande da assolverlo da ogni rimprovero. Converrò senza difficoltà, che in alcune delle sue disposizioni s'incontra mancanza di unità, incoerenza, dissimiglianza; ma in sostanza, mi sarà facile dimostrare, che non è abbastanza oscuro per aver bisogno di essere illustrato coll'intervenzione del legislatore, e che l'insieme delle sue idee, sebbene imperfetto sotto molti rapporti, può nondimeno senza esitazione esser compreso. *Nec Deus intersit*, diceva Orazio, in una materia assai differente dalla nostra. In dritto, come sul teatro, non amo che si ricorra senza necessità a mezzi straordinarii, al Dio salvatore, che solleva il genio estenuato del poeta, al legislatore, che è il Dio dei giureconsulti. Finchè l'interpetrazione dottrinale è sufficiente, il legislatore deve restare inattivo. Ora il codice ci mostra il suo spirito con abbastanza chiarezza perchè noi possiamo comprenderlo senza il soccorso della face legislativa.

46. Lasciamo per ora da parte gli art. 1141, e 2279, che esigono la tradizione per i mobili. Questa è una eccezione introdotta col favore di cause particolari per questo genere di beni. Il contrasto dell'art. 1141 coll'art. 1140, è un indizio certo che le idee del codice sulla traslazione dei mobili nulla hanno di comune colla sua teoria sulla traslazione degli immobili.

L'art. 1238, presenta più difficoltà: « Per pagare validamente, dice esso, è necessario essere proprietario « della cosa data in pagamento, ed « essere capace di alienare. » Se ne conclude, che l'obbligazione di dare un immobile non basta per trasferire la proprietà; perchè se fosse sufficiente, poco importerebbe che il creditore, proprietario della cosa per il solo effetto del contratto, ricevesse questa cosa che è sua, dalle mani di chi non ne è padrone; è necessario di più dire, che col sistema della trasmissione della proprietà in virtù delle obbligazioni, il debitore che non ha peranche consegnato la cosa, non ne è più proprietario quando paga, giacchè ne è stato immediatamente spogliato per effetto del contratto. Come mai dunque accade, che l'art. 1238 prescrive che il debitore sia proprietario al momento del pagamento? non è questa la distruzione di tutte le idee sulla traslazione della proprietà in forza delle obbligazioni?

Questo modo di argomentare, per quanto sia specioso, trova nondimeno la sua replica in questa osservazione, che l'art. 1238 non ha potuto voler parlare, che del pagamento fat-

(1) Thémis, tom. 5.

to dal debitore in virtù di una obbligazione, che di per sè sola non è bastante a trasferire la proprietà. Il codice riconosce infatti delle obbligazioni, in piccolo numero bensì, le quali non trasferiscono la proprietà che in sequela di un fatto accessorio che viene a completarle, quale sarebbe, per esempio, la vendita di cose indeterminate. In questi casi, siccome il contratto non ha trasferito la proprietà nel compratore, e questi non aveva che un'azione personale, il venditore deve soddisfare quando paga le condizioni volute dall'art. 1238 (1). Ma interpetrare l'art. 1238 in un senso generale ed assoluto, applicare la sua disposizione a tutte le obbligazioni, qualunque sieno, (come si praticava nell'antica giurisprudenza) (2), all'oggetto d'invalidare le disposizioni tanto precise degli art. 711, 1138, e 1683, ciò non potrebbe in alcun modo ammettersi. L'art. 1583 non può piegarsi ad un tale sistema, perocchè esso proclama troppo energicamente, che tra *le parti* la convenzione senza tradizione, trasferisce il dominio della cosa. Convengo non ostante, che i compilatori del codice, assai poco solleciti di purificare la dottrina di Pothier, ormai incompatibile con i nuovi principii, nelle sue principali vedute sul pagamento, avrebbero potuto impiegare una maggior precisione nell'art. 1238, la redazione del quale è stata presa nelle di lui opere. Ma questo testo è preceduto e seguito da altri testi tanto chiari, che occorre per necessità rinchiuderlo in limiti angusti, e accettarlo con delle restrizioni.

Anche l'art. 1303 è uno di quelli che Jourdan oppone all'art. 1583. Quest'articolo dispone, che « Allor« chè la cosa è perita, posta fuori di « commercio, o smarrita, senza col« pa del debitore, è questi tenuto a « cedere al suo creditore i dritti o le « azioni d'indennità, se alcuna glie « ne compete riguardo alla medesi« ma. » Se il debitore fosse espropriato in forza dell'obbligazione di dare, le azioni d'indennità non apparterrebbero immediatamente al creditore? Avrebb'egli bisogno di una cessione d'azione?

Questa obbiezione è potente, come critica dell'art. 1303: è chiaro che quest'articolo discorda con gli art. 711, 1138, e 1583 (3). Ma concluderemo per questo che l'art. 1303 basti da sè solo, con le induzioni assai secondarie alle quali conduce, a rovesciare il sistema così bene ordinato che è scritto nei tre citati articoli? Nò senza dubbio! Tuttociò che si potrà dire si è, che l'art. 1303, è una distrazione del legislatore, e l'avanzo di una teorla che voleva rovesciare.

Si dirà lo stesso dell'art. 1867 del codice civile, supponendo che esso tra le parti esiga la tradizione in materia di società (4); è un eccezione, ma non impedisce però alla regola generale di sussistere.

Ecco a un dipresso tutti i testi dai quali si trae argomento per rintracciare nel codice i germi di un sistema che farebbe della tradizione una condizione indispensabile della traslazione della proprietà immobile a riguardo de' terzi. Si vede quanto sono poco

(1) Delvincourt, tom. 5, pag. 336. Toullier pretende che vi sia antinomia tra l'art. 1138, e l'art. 1238 (tom. 5, n. 6, e tom. 7, n. 8 e seg.). Ma rigetta l'art. 1238.

(2) Pothier, n. 459 e 461, *Oblig.*

(3) Toullier, tom. 7, n. 476.

(4) Toullier gli dà altro senso, t. 7, n. 451 e seg.

concludenti. D' altronde, non si dovrebbe dimenticare che gli antichi principii essendo stati rimpiazzati dalla legge di Brumajo anno VII, la quale sostituiva la trascrizione alla tradizione, sarebbe indispensabile una disposizione di legge assai esplicita per ammettere che il codice ha fatto rivivere la tradizione. Ora da un lato la tradizione è inconciliabile con le grandi basi del sistema delle obbligazioni, per ciò che riguarda le parti contraenti; e da un' altra parte, non vi è un solo articolo che parli direttamente o indirettamente della tradizione, come mezzo fatto risorgere da una legislazione morta da lungo tempo, per far sì che le traslazioni d' immobili possano essere opposte ai terzi; il codice civile è dunque chiaro sopra questo punto, e non ha bisogno d' interpetrazione. Ch' io mi sappia, la giurisprudenza non ne ha mai dubitato.

Rimane a sapersi se la trascrizione sia passata dal codice ipotecario dell' anno VII nel codice civile. Checchè ne dica Jourdan, non si potrebbe immaginare il più leggiero dubbio sulla negativa, siccome ne ho dato la prova nel mio comento sul titolo delle Ipoteche (1); io non discuterò di nuovo questo punto di dritto, che a quanto mi sembra è da tutti ammesso senza alcuna esitazione (2). L' art. 834 del codice di procedura, contiene la prova tanto luminosa, che le alienazioni d' immobili possono essere opposte ai terzi senza trascrizione, che non si può concepire come un ingegno così distinto come quello di Jourdan abbia potuto sostenere sul serio un sì visibile paradosso.

Tengasi dunque per fermo, che anche relativamente ai terzi la vendita di un' immobile è perfetta, e la proprietà si trasmette senza tradizione nè trascrizione, per l' unica forza della volontà contenuta nel contratto. Quest' è un risultato, cui è necessario sottomettersi, finchè il legislatore non l' avrà modificato.

47. È al presente cosa facile riepilogare l' esposizione di queste dottrine. Sia che la vendita si effettui sopra dei mobili, sia che si effettui sopra degli immobili, è perfetta tra le parti, e la proprietà è trasferita di dritto in forza del contratto istesso. Nulladimeno, rapporto ai terzi, la vendita dei mobili non produce alcun effetto finchè non è seguita dalla tradizione; è soltanto riguardo agl' immobili che la vendita può opporsi ai terzi senza tradizione.

48. Ma al principio, che la convenzione stessa basti per trasferire la proprietà della cosa venduta, conviene porre una restrizione, ed è quando questa cosa fosse indeterminata.

Se per esempio, vi do in pagamento della somma di 20,000 fr. di cui vi vado debitore, uno de' miei 4 immobili, tale dazione in pagamento (specie di vendita) (3) non vi rende sul momento proprietario di uno di questi 4 immobili. Io conservo sopra tutti il mio dominio, e la perdita ne accaderebbe a carico mio (4). Perchè si trasferiscano in voi, è d' uopo che accada la determinazione da operarsi con la designazione che ve ne farò significare. Gli art. 1138, e 1583 debbono essere interpetrati con questa restrizione. « In quanto alle cose incerte,

(1) Sugli art. 2182, 2189, 2198 del codice civile.

(2) Mi viene assicurato che Blondeau, professore distinto della facoltà di Parigi, insegni il contrario.

(3) *Supra*, n. 7.

(4) Pothier, *Oblig.*, n. 233.

» o indeterminate, dice benissimo » Toullier (1), il creditore non ne diviene proprietario, fuorchè quando » sono divenute certe, o quando il debitore le ha determinate, e gli ha » fatto validamente conoscere la sua » determinazione. »

(1) Toullier, tom. 7, n. 460.

49. Vedremo nell' art. 1585, una applicazione di questa dottrina incontrastabile. Gli articoli susseguenti ci mostreranno egualmente alcuni altri casi nei quali la vendita si trova sospesa nei suoi effetti da una condizione che vi è annessa (1584 e 1588).

ARTICOLO 1584.

La vendita può essere fatta puramente e semplicemente, o sotto condizione sospensiva o resolutiva.

Può altresì avere per oggetto due o più cose alternativamente.

In tutti gli indicati casi, il di lei effetto è regolato dai principii generali delle convenzioni.

SOMMARIO.

50. La vendita può assere modificate da una condisione sospensiva o resolativa. Può avera effetto sapra aose alternative.
51. Della aondisiona in generale. La soa verificaziona non deva dipendare dal piano arbitrio dalla parti.
52. Della condizioni potestativo.
53. Della condisione rimessa nella volontà di una terza parsona. Della condiziona *mista*.
54. Vendita sotto aondisiona *sospensiva*. In qual senso una simil vendite è perfette. In qual senso non lo è.
55. La marte dal venditore duranta le sospensiaoe, non deve impedire ai suoi aredi di asservere il controtto. *Quid* in aaso di fallimento?
56. L' avvenimento della aondisione rende pura la vendita. La capacità della parti nalle vendite aondisionali, si giudiea seconda quella cha ara al momento dal contratto. La verificazione della condisione, prodnea un effatta retroattiva.
57. Se si possa presarivare *pendente conditione*.
58. Quando la condizione manca, la vendite cassa di esistere. Rinvio per asempii di vendite con condizione sospensiva.
59. Della vendite con condisione resolutiva.
60. L' avvenimento della aondizione resolva. Effetti di questa resoluziona per rapporto ai terzi ed ai frutti. Rinvio per gli effatti dal patto resolutivo tacito.
61. Il patto resolutiva opera esso di pieno dritto? Distinzioni importanti per la soluzione di tale quistione.
62. Delle clausola più ordinarie nel contratto di vendita, che variamenta lo modificano. Vana promesse dal codica Giustinianeo sopra quasto punta. Savia riserva dal codice civile.
63. Seguito di questa elausola.
64. Dalla facoltà di nominare un committente *(élire command)*. Sua definiziona, a sua origina.
65. Qual parta abbia in una simil vendita l'acquirenta ostensibila. Diversità di opinioni. Non è acquirente quando ha dichiarato il suo committente. Non è varo mandatario. Suo carattare misto.
66. Condisioni alla quali deva soddisfara il committente. Sforsi di Malinèo per regolarizzare questa materia anomala. La pratica gli disprezza.
67. Il committenta non accorre che abbia data mandato. La sua persona può essere incerta al momento dal contratto. Inconvenienti di questo stato di cose.
68. Condizioni restrittive dalla facoltà di nominare. 1° È necessario che questa facoltà sia riservato nel contratta.
69. 2° Dev' esser fatta dentro il tempo convenuta. Questa tempo dipende tra la parti dalla convenzione. Rapporto al governo è di ventiquattr' ora.
70. 3° Bisogna cha la nomina sia accettata dal committente dentro il termina.
71. 4° È indispensabile cha la dichiarazione sia notificata al governo dentro le ventiquattr' ore.
72. 5° È indispensabila cha la dichiarasione e l' accettasione sieno pure e semplici.
73. L' acquirente può nominare più committenti, in luogo di uno solo.

COMENTO.

50. La vendita può essere pura e semplice; ma può essere anche accompagnata da alcune convenzioni che la modifichino.

Accade talvolta che le sia aggiunta una condizione sospensiva, talvolta vien dominata da una condizione resolutiva. Ognuno sa ancora che la condizione resolutiva vi è sempre sottintesa di pieno dritto, per il caso in cui una delle parti rifiutasse di eseguire le sue obbligazioni (1184 e 1654 del codice civile).

Finalmente la vendita può esser fatta di due o più cose alternative.

Queste sono le quattro ipotesi prevedute dal nostro articolo, e per le quali ci rimanda ai principii generali del dritto. Ma noi dobbiamo qui riferirne alcuni cenni, onde la materia della vendita si mostri in tutta la sua estensione.

51. E in primo luogo, quando la disposizione è condizionale, la condizione non deve dipendere dal pieno arbitrio di una delle parti.

Perciò, se la vendita è stata fatta sotto una di queste due condizioni, *se il venditore, o se il compratore lo vuole*, essa è intieramente nulla (1).

52. Non succede però lo stesso, se la condizione è tale che non faccia dipendere l'obbligazione dal puro arbitrio della parte.

Questa è la ragione per cui vi sono diverse condizioni potestative, che nelle convenzioni si debbono rispettare (2). Tali sono quelle, che sebbene riposino sopra un fatto personale ad uno dei contraenti, non lo rendono però assolutamente padrone di paralizzare l'obbligazione, e non pongono il contratto *ad merum arbitrium* di quegli che è gravato dalla condizione. Per esempio, vi vendo la mia casa, se nel corso dell'anno faccio un viaggio a Parigi; non è *assolutamente* in mio potere d'impedire la vendita d'aver luogo, perchè io non la paralizzerò che coll'astenermi dall'andare a Parigi, e sarò in obbligo di eseguirla, se mi porterò in quella città (3).

53. Si può anche rimettere la condizione nella volontà di un terzo, scelto come arbitro (4). Vedremo, per esempio, nell'art. 1592, che la determinazione del prezzo della vendita può essere rilasciata all'arbitrio di un terzo. La convenzione può anche

(1) L. 7, Dig. *De cont. empt.* L. 35, § 1, Id. L. 13, C. *De cont. empt.* Ved. quest'ultima legge, *infra*, n. 103, art. 1174 del codice civile.

(2) Ved. *infra*, due esempii notabili, n. 132.

(3) Pothier, Pand. tom. 2, pag. 450, n. 52, 53, 54, e *Oblig.*, n. 48. Cujac. 2, ass. 5.

(4) Vinnio, *Quæst. selectæ*, lib. II, c. 24. Donello, Com. lib. VI, c. 19, n. 10 e 11. Ricard, Donat. n. 578.

essere *mista* cioè, dipendere dal fatto di uno dei contraenti e dal fatto di un terzo (art. 1171), come per esempio, vi vendo la mia casa, se dentro un mese non l'ho venduta a Giacomo (1).

54. Allorquando la condizione è sospensiva, la vendita è perfetta in questo senso, che una delle parti non può recederne senza il consenso dell'altra (2). Ma, sotto altri rapporti, essa non acquista la sua vera perfezione, che all'avvenimento della condizione. « Conditionalis autem venditiones, dice Ulpiano, tunc perficiuntur quum impleta fuerint conditio (3). » Finchè la condizione rimane ancora incerta, la proprietà non è trasferita, e il venditore resta sempre padrone della cosa, il di cui pericolo è a carico suo (4); egli ne gode però i frutti (5). Vi è di più: può vendere la cosa ad un'altra persona. Tuttavia se la condizione si verificasse, la vendita si annullerebbe per la regola che « *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.* »

Dal canto suo l'acquirente può, durante la sospensione, fare degli atti conservatorii (6); se muore, trasmette il suo dritto a' suoi eredi, perchè *chi stipula per sè, stipula per il suo successore* (7).

55. Ho detto che la vendita condizionale è perfetta durante la sospensione della condizione, poichè le parti non ne possono recedere.

Perciò, se il venditore venisse a morire in questo intervallo, i suoi eredi dovranno osservare il contratto come se la vendita fosse pura (8).

Cosa si dovrebbe dire, se egli fallisse? Si potrà dire, che la condizione non essendo verificata al momento in cui il venditore è spogliato del suo dritto, e la vendita in conseguenza essendo imperfetta, l'avvenimento posteriore non può renderla valida in pregiudizio della massa dei creditori. Ma questa obbiezione è priva di fondamento. La vendita è perfetta sotto il rapporto del vincolo di dritto, ed obbliga condizionalmente il venditore, o i suoi rappresentanti. Quando la condizione si verifica, i sindaci sono in obbligo di fare la tradizione, e la vendita è tenuta per pura e semplice fin dal principio (9).

56. È in fatti un principio, che l'avvenimento della condizione purifica la vendita; e qui occorre riprodurre alcune conseguenze di questa verificazione dell'avvenimento preveduto dalle parti. Ve ne sono due molto gravi. La prima si è, che per giudicare della capacità delle parti contraenti, si deve considerare non l'epoca della realizzazione della condizione, ma bensì l'epoca del contratto. « In legatis, dice Cujacio, spectatur tempus quo conditio existit; in stipulationibus tempus contractus (10). » La seconda si è, che l'e-

(1) Ved. *infra*, n. 132.

(2) Tiraqueau, *De retract. gentil.*, § 1, gloss. 10, n. 45. Art. 28, legge 22 Frim. an. VII.

(3) L. 7, Dig. *De cont. empt. Junge* Duranton, *De la Vente*, n. 60.

(4) Tiraqueau, *loc. cit.*, n. 48. Furgole, Test., t. 2, pag. 186, n. 14. Pothier, *Vente*, n. 312.

(5) L. 32, § 1, Dig. *De leg.* 2.

(6) Ricard, Disp. cond., n. 185. Pardessus, n. 296.

(7) L. 8. Dig., e l. 5. C. *De peric. rei vend.*, Despeisses, *De l'achept.*, tom. 1, pag. 12, n. 10. Pothier, Pand., tom. 1, pag. 512, n. 16.

(8) Despeisses, *loc. cit.*

(9) Merlin, Cassation, 11 Nov. 1812. Répert. *Vente*, tom. 36, pag. 74, Ediz. Taclier. V. anche il n. seg., sull'epoca nella quale devesi giudicare l'incapacità dei contraenti.

(10) Sulla l. 78. Dig. *De verb. oblig.* Tiraq., *De retractu gentilit.*, § 1, gloss. 10, n. 45.

vento della condizione produce un effetto retroattivo al dì del contratto, anche di fronte ai terzi. Tutti i dritti che il venditore aveva conferiti sopra la cosa venduta, durante la sospensione della condizione, si perdono (1).

57. Ma il terzo acquirente, che ha posseduto per lo spazio di dieci anni, in virtù di un titolo e in buona fede, prescrive *pendente conditione* (2).

58. Quando la condizione manca, la vendita è come non avvenuta. « Actus conditionalis, defecta conditione, nihil est » dicono i dottori intorno alla legge 8, D. *De peric., et com. rei vend.* (Art. 1176 del codice civile).

Del resto però, vedremo in seguito agli art. 1585, 1587, 1588, 1590, degli esempii notabili di vendite fatte sotto condizione sospensiva. Tali sono le vendite con condizione di peso e misura, quelle fatte a prova, e con condizione di assaggio, quelle fatte mediante caparra.

59. In quanto alle condizioni resolutive, noi sappiamo che esse non sospendono la vendita; il contratto è puro e semplice nel suo principio, e deve immediatamente ricevere la sua esecuzione. Può solo essere sciolto se la condizione si verifica: così non si trova sospesa che la resoluzione.

60. L'avvenimento della condizione, ripone le cose nello stato in cui erano innanzi la vendita; e la resoluzione si fa *ex causa primæva*, *et antiqua*, in modo tale, che tutti i dritti acquisiti *medio tempore* da dei terzi, rimangono annullati (3). Si ritiene, che il venditore sia sempre stato proprietario e possessore; che l'acquirente abbia posseduto per lui, e il suo possesso conta per l'acquisto della prescrizione (4). Nullostante i frutti non possono ripetersi dal compratore, perchè gli ha fatti suoi in virtù della sua buona fede unita alla sua industria, « fructus quos percepit ejus esse pro cultura et cura (5). » Ma in seguito verremo esaminando se debba accadere lo stesso, quando la vendita si scioglie in seguito dell'inesecuzione della convenzione (6). Tratteremo più specialmente allora della clausola resolutiva tacita, della sua efficacia, e delle sue conseguenze.

61. Ma la clausola resolutiva, opera essa di pieno dritto?

L'antica giurisprudenza Francese distingueva tra le condizioni resolutive casuali, e le condizioni resolutive potestative. Le prime producevano il loro effetto di pieno dritto; quanto alle seconde, vi era una subalterna distinzione tra le condizioni potestative affermative, e le condizioni potestative negative (7). Quelle operavano la resoluzione del contratto, quando il fatto che prendevano di mira si realizzava; per esempio, io vi vendo il fondo Corneliano, a condizione che il contratto sarà sciolto, se vi rimborso il prezzo nello spazio di due anni. La restituzione, o l'offerta del prezzo nell' ultimo giorno indicato, scioglieva la vendita di pieno dritto; i frutti

(1) L. 3, § 3, C. *Com. leg.* V. *infra*, n. 260, e Decisione di Monpellieri, n. 318.

(2) Toullier, tom. 6, n. 527, 528. Grenier, Hyp. tom. 2, n. 518. Lebrun, lib. IV, cap. 1, n. 76. V. il mio comento sulle Ipoteche, tom. 4, n. 886.

(3) L. 31. Dig. *De pignorib.* Furgole, tom. 2, pag. 261, n. 140. Loyseau, Déguerp., lib. VI, c. 3, n. 9. Art. 954, 1664, 1674 del codice civile. Toullier, tom. 6, n. 575.

(4) Toullier, tom. 6, n. 563.

(5) *Inst. de rer. divis.*, § 35. L. 46. Dig. *De acq. rer. dom.* Furgole, tom. 2, pag. 261, n. 141.

(6) Sull' art. 1654, e sull' art. 1630, n. 652.

(7) Questa distinzione, sebbene non si trovi scritta negli autori, risulta dallo stato della giurisprudenza, e della legislazione.

appartenevano al retraente fino dal momento delle offerte reali (1), senza che il ministero del giudice fosse necessario per farglieli appartenere. Se l'acquirente ricusava di restituirgli la cosa, poteva rivendicarla (2), cioè esercitare l'azione che spetta a un vero proprietario, perchè il contratto essendo sciolto in forza delle cose, e innanzi l'intervento del giudice, si presumeva che la proprietà non fosse mai sortita dalle mani del retraente.

Ma diversamente succedeva per le condizioni resolutive potestative negative, le quali stipulavano lo scioglimento del contratto, come pena dell'omissione di un fatto previsto: per esempio, vi vendo il fondo Corneliano a condizione che la vendita venga sciolta se non pagate il prezzo nello spazio di sei mesi. Queste specie di condizioni, che portavano seco qualche cosa di penale e di rigoroso, non producevano il loro effetto di pieno dritto.

Venivano considerate come semplicemente comminatorie, e di mero stile, quand'anche fosse stato espressamente stipulato, che la resoluzione avverrebbe *ipso jure*. Il venditore aveva un'azione personale soltanto per chiedere lo scioglimento del contratto, che veniva operata unicamente dalla sentenza. Fino all'esito del giudizio, il compratore poteva impedire lo scioglimento, pagando anche al di là del termine prefisso. Accadeva di frequente che il giudice concedesse all'acquirente una proroga per soddisfare al suo debito (3). Questa giurisprudenza emanata dal dritto canonico (4), penetrò in quasi tutti gli stati d'Europa (5) con delle modificazioni più o meno grandi: essa era contraria al sistema del dritto Romano, che prescriveva che i patti del contratto fossero rigorosamente eseguiti (6).

I redattori del codice civile dovevano determinarsi tra questi due sistemi tanto chiaramente pronunziati nella loro opposizione, e l'hanno fatto con saviezza. Ma il loro pensiero è stato formulato senza precisione, di maniera che nei primi momenti sfuggì agli spiriti invecchiati nelle antiche abitudini. Oggidì però che questo pensiero è stato posto in tutta la sua luce mercè le opere dei nostri moderni giureconsulti (7), mi basterà riepilogare i loro comenti, senza entrare in lunghe discussioni.

Primieramente dissipiamo tutti i dubbii per ciò che riguarda le condizioni resolutive casuali, che nell'antico dritto sono state considerate operare di pieno dritto. Il codice nulla ha innovato sopra questo proposito. Perciò, vi vendo la foresta di Haremberg, a condizione che se lo stato volesse esercitare sopra di lei il dritto che gli viene accordato dalla legge del 14 Ventoso anno VII, sopra i dominii obbligati, la vendita sarà resoluta di pieno dritto; siccome questa è una condizio-

(1) Despeisses, tom. 1, *De l'achept.* sez. 6, pag. 43, n. 8. *Infra*, n. 716 e 717.

(2) Idem, n. 10 e 12.

(3) Pothier, *Vente*, n. 459. Rép. *Clause résolut.* Loyseau, Offic. lib. I, cap. 13, n. 4. Serres, Inst. au droit Français. Catelan, lib. III, c. 7, etc.

(4) Décret. *De loc. conduct.*, cap. *Potuit* 4.

(5) Voet, *Si ager vectig.*, n. 36. Vinnio, Inst. *De tse cond.*, Fabro, C. *De jure emphyt.*, def. 27. Covarruvias *Variar. resol.*, lib. III, cap. 17, n. 4 e 5. Larcetta, decis. 83 e 138. De Luca, disc. 79, 26, 3?, 40, 46, *De jure emphyt.* Amicus, *De jure emph.*, quæst. 28 n. 5.

(6) L. 12. C. *De cont. stip.*, tit. del Dig. *De in diem add.*, e *De usuris* n. 31. Voet, *De lege commissoria*, etc.

(7) Delvincourt, tom. 5, pag. 145, note. Toullier, n. 6, n. 552. Duranton, *Des contrats*, n. 503. Merlin, *Clause résolutoire*.

ne casuale intieramente indipendente dal fatto delle parti, perciò non sarebbe permesso di considerare un tal patto siccome comminatorio. L'arbitrio del giudice non potrebbe, senza violazione del contratto, essere invocato all'oggetto di fare emergere da una sentenza una risoluzione che la convenzione ha prodotta per l'energia a lei propria (1). Questa regola trova il più fermo appoggio nell'art. 960 del codice civile, che si può considerare come il rivelatore di tutto il sistema del legislatore sulle condizioni potestative casuali.

Il suo sistema non è meno certo per ciò che riguarda le condizioni resolutive potestative affermative. La definizione data dall'art. 1183 delle condizioni resolutive, riproduce tuttociò che l'antica giurisprudenza ci ha poco fà insegnato sopra queste condizioni.

Ma quando si giunge alle condizioni potestative negative, s'incontrano alcune divergenze. La corte di cassazione, in una decisione del 25 Fruttidoro anno XIII, le corti di Nimes e di Colmar, con le decisioni dei 22 Agosto 1709, e 6 Dicembre 1814 (2), hanno creduto che l'antica giurisprudenza, la quale convertiva le clausole resolutive le più formali in clausole comminatorie, non fosse stata sovvertita dal codice civile. Ma questo è un errore facile a rilevarsi.

Il codice fa una distinzione tra le clausole resolutive tacite (che sempre sono congiunte a delle condizioni potestative negative) e le clausole resolutive espresse.

Se la clausola resolutiva è tacita, per esempio, se la resoluzione è fondata sull'inesecuzione di uno dei patti essenziali della vendita (1184 del codice civile), la legge nuova in tal caso adotta il sistema dell'antica giurisprudenza. Essa non vuole che la resoluzione si operi di pieno dritto; la parte verso la quale l'obbligazione non è stata eseguita, ha la scelta o di costringere l'altra parte ad eseguire la convenzione, o di chiederne la resoluzione con il rifacimento dei danni ed interessi. La resoluzione dev'essere dimandata in giudizio, e può esser concessa al reo convenuto una dilazione secondo le circostanze. Tale è il disposto non equivoco dell'art. 1184 del codice civile, che viene corroborato anche dagli art. 956 e 1655.

La cosa però procede in altri termini se la clausola resolutiva è espressa. Il giudice non può verificare le cause del ritardo, e concedere una proroga di tempo. Il contratto è virtualmente sciolto per l'evento della condizione. L'art. 1183 non lascia alcun dubbio sopra questo proposito. Esso è la regola generale alla quale fa d'uopo attenersi; l'art. 1184 non vi deroga in un modo speciale e affatto limitativo, che per la sola clausola resolutiva tacita. « *Aliud juris est* « *si quid tacite continetur*, *aliud si* « *verbis exprimatur* (3). »

È vero che l'art. 1656 dispone, che in materia di vendita d'immobili, se fu stipulato che la vendita sarebbe sciolta per difetto di pagamento nel termine convenuto, l'acquirente può pagare dopo che il tempo è spirato, finchè non è stato posto in *mora*, me-

(1) Decisione del 25 Fruttidoro anno XIII. V. in Dalloz, *Oblig.*, tom. 20, pag. 401, Ediz. Tarlier, le conclusioni di Daniels avvocato generale.

(2) Dalloz, V *Oblig.*, tom. 20, pag. 403 e seg.

(3) Taluni hanno argomentato dell'art. 1657 del codice civile, quasichè confermasse questa dottrina: ma io lo credo poco applicabile. Non è fatto per un caso in cui vi è *patto espresso* di resoluzione, ma deriva da cause particolari, che spiegherò ai n. 676 e 677.

diante una intimazione giudiciale. Ma si noti bene che dall' istante in cui la intimazione è fatta, il giudice non può concedere veruna proroga, ogni via dilatoria è chiusa, il contratto è virtualmente sciolto: certo che una simile disposizione nulla ha di comune con l' antica giurisprudenza attestata da Pothier (1), nè con la disposizione dell' art. 1184.

È dunque evidente, che non si potrebbe senza un enorme controsenso, introdurre nel codice civile l'antica giurisprudenza sopra le clausole resolutive potestative negative, espresse nel contratto. Il legislatore ha voluto che la volontà delle parti conservasse la sua onnipotente autorità, e questo è lo scopo che prende sempre di mira nelle sue saggie innovazioni. Ora quando vediamo questa volontà bastare per trasferire il dominio delle cose senza il concorso di alcun fatto concomitante, quando la sua energia trasloca, e per così dire mobilizza la proprietà, sarebbe un' aperta contraddizione l' ingiungergli di venire a spirare ai piè del contratto di sua creazione, e di non poter distruggere la propria sua opera.

Del resto però, la giurisprudenza abbandonando i primi suoi saggi, è ritornata alla vera interpetrazione del codice. Si consultino diverse decisioni riferite in Dalloz (2).

62. Il codice Giustinianeo conteneva un titolo espresso, consacrato ai patti che il più sovente intervenivano tra il compratore e il venditore, o per sospendere, o per resolvere, o per modificare la vendita (3). Ma era ben lungi dall' esser completo, e non si poteva abbracciare la materia, che ponendolo a confronto di altri titoli del digesto e del codice, che trattano delle regole della vendita, e delle sue modificazioni.

Il codice civile non ha ostentato la medesima pretensione del codice di Giustiniano; non ha fatto in verun punto delle promesse tanto pompose, e merita degli elogii per non aver voluto affrontare *ex professo*, una materia, la quale non ha altri limiti che la volontà tanto variabile e tanto mobile delle parti. Invero egli ha trattato quando di volo, e quando a fondo alcune delle clausole principali che il più sovente si aggiungono alla vendita, e le imprimono una fisonomia particolare. Abbiamo già di sopra accennato che si occupa di certe condizioni sospensive, come quelle di misurazione, peso, assaggio, prova e caparra. Lo vedremo ancora a suo tempo, trattare di due condizioni resolutive, che modificano nei nostri costumi assai spesso il contratto di vendita, cioè: il patto commissorio (4) e la clausola della ricompera (5). Ma questo non è un quadro completo; molte modificazioni della vendita sono omesse, per esempio, quella che riguarda la dichiarazione di un committente. Il legislatore ha creduto di fare assai, ponendo a lato del piccolo numero delle specie che hanno richiamato la sua attenzione, l'art. 1584, il quale dà alla vendita la facoltà di piegarsi a tutte le modalità che non sono incompatibili con i principii generali. Ma noi dobbiamo andare più innanzi, e senz'avere la pretensione di esaurire questa materia, il che non è possibile, ci sembra necessario di esami-

(1) *Vente*, n. 460. V. *infra*, n. 669.
(2) Dalloz, V *Oblig.*
(3) Cod. *De pactis inter empt. et vend.*
(4) Art. 1656 e 1657.
(5) Art. 1659 e seg.

nare un maggior numero di casi particolari, oltre quelli contemplati dal codice civile.

63. Abbiamo poc' anzi veduto che si può sottomettere la realizzazione della vendita alla condizione che essa verrebbe distesa in iscritto (n. 19).

Accade talvolta, che il venditore eccettua dalla vendita una cosa (1), riservandola per sè, o per un terzo. Talvolta al contrario si fanno entrare nell'alienazione degli oggetti, che senza una espressa stipulazione non vi sarebbero compresi (2). In altre circostanze, il venditore vende la cosa, *tale quale egli l' ha posseduta* (3), ovvero nello stato in cui si trova, e *tale quale essa giace ed è* (4). Ora la convenzione porta che la cosa viene alienata con le sue servitù attive e passive; ora che è esente da qualunque onere e servitù (5). Parleremo dell'estensione di queste clausole, quando analizzeremo l' art. 1602.

64. La facoltà di nominare un committente deve trattenerci alcuni istanti (6). Questa consiste nel dritto riservato all' acquirente di manifestare dentro certo tempo, una persona incognita al venditore all' epoca della vendita, e affatto incerta, che prenderà il contratto per sè. Questa dichiarazione, appena fatta nello spazio di tempo determinato, s' incorpora all' atto di vendita, e forma con lui un solo e medesimo tutto (7). L' amico eletto si chiama *committente (command)*, perchè è egli che dà la procura e l' incarico di comprare; il compratore ostensibile si chiama *incaricato (commandé)* (8).

Secondo i principii del dritto Romano, non si poteva comprare che per sè medesimo, e mai per altri, meno il caso di essere mandatario (9). Chi comprava per altri, non aveva azione per sè medesimo, poichè non era stata sua intenzione di acquistarne; nè l' otteneva neppure per la persona per la quale comprava, perchè in dritto non si può stipulare per altri (10). Quindi non s' incontra nel dritto Romano alcuna traccia della dichiarazione di committente (11). Questa modalità della vendita, che lascia incerta durante un dato tempo la persona dell' acquirente, e che fa dipendere dall' arbitrio dell' acquirente ostensibile la scelta del vero compratore, appartiene intieramente alla giurisprudenza moderna. Il presidente Fabro gli assegna per origine la ripugnanza che la maggior parte delle persone di distinzione, provava ad intervenire nelle vendite giudiciarie, per timore di venire accusata di cupidigia e di odio contro la parte espropriata (12); si facevano allora rappresentare da persona di loro fiducia che dichiarava comprare per sè o pel suo

(1) Pothier, Pand., t. 1, p. 493 e 494, n. 39 e seg.

(2) Idem, pag. 494, n. 43.

(3) L. 52, § 3, *De cont. empt.*, Dig.

(4) L. 81, § 1, D. tit.

(5) L. 90 e 169, Dig. *De verb. signif.*

(6) Dalloz annunzia (V *Enregistrement*), che tratterà della dichiarazione di *committente*, alla parola *Vente*. Ma ricercando l' articolo *Vente*, si trova che quella dichiarazione è omessa.

(7) Fabro, C. 46, 4, tom. 34, def. 1.

(8) Questa parola si trova raramente nei libri. Nulladimeno è impiegata da Dufresne, sull'art. 259, Statuto di Amiens. Toullier dice, che *command* è sinonimo di *commettant*, tom. 8, n. 170.

(9) Voet, *De cont. empt.*, n. 8.

(10) L. 6, C. *Si quis alteri vel sibi*, e Fabro e Perezio, sopra questo tit. L. 38, § *alteri*. D. *De verb. Oblig.* Leg. 11, D. *De Oblig. et act.*

(11) Fabre, C. sul titolo *Si quis alteri vel sibi*, lib. IV, tom. 34, def. 1, nota 2.

(12) Secondo la legge 5, § *Sane*, D. *De auct. et cons. tut.*

committente, ed avevano il medesimo dritto che se fossero personalmente comparse alla vendita (1). Dalle vendite pubbliche, quest'uso si estese alle vendite private, e divenne eziandio frequentissimo, in specie, perchè i pratici se ne valsero per risparmiare delle rivendite in pregiudizio dei dritti signorili, che i giureconsulti videro sempre di mal occhio. Il presidente Fabro ne parla come di una clausola molto praticata nella giurisdizione del senato di Chambéry, e la troviamo autorizzata in Francia negli statuti di Amiens, Péronne, Cambresis, e nella Fiandra (2).

65. Ma gli autori non erano d'accordo sulla parte che sosteneva in questo contratto quegli che compariva in nome personale. Era egli il vero acquirente? Il committente non conosciuto dal venditore all'epoca della convenzione, e col quale questo venditore non aveva contrattato, era egli soltanto un acquirente aggiunto? ovvero sopra di lui posavano tutte le obbligazioni derivanti dalla compra?

Il presidente Fabro, uniformandosi per quanto sembra ai veri principii, voleva che l'acquirente nominato fosse tenuto del prezzo, a malgrado della sua dichiarazione di committente; perchè avrebbe potuto accadere, dice egli, che il venditore non avesse accettato per compratore il committente, se l'avesse conosciuto al tempo del contratto. Quindi era regola in questo sistema che il committente promettesse all'incaricato, direttamente obbligato verso il venditore, di rilevarlo indenne da tutte le molestie che lo stesso venditore avesse potuto inferirgli.

Non era soltanto nella giurisdizione del senato di Chambéry che la posizione del committente e dell'incaricato era così fissata. Parecchi autori Francesi, Dufresne (3), Hébert (4), avevano adottato la dottrina insegnata da Fabro, ed una decisione del parlamento di Fiandra, del 16 Settembre 1672, vi si è uniformata (5).

Ma una opinione contraria aveva prevalso in altri scrittori. Voët (6) voleva che l'acquirente ostensibile rimanesse intieramente liberato da ogni obbligazione mediante la sua dichiarazione di committente; perchè avendo annunziato che comprava per una persona incerta, aveva con ciò manifestato che non intendeva obbligarsi realmente come compratore. In questo sistema, il committente dichiarato ed accettante diveniva proprietario; teneva direttamente la cosa dalle mani del venditore, e l'incaricato si dimenticava in modo tale, che non poteva ricercarsi sotto alcun pretesto (7).

Quest'ultimo sistema è stato adottato dal legislatore Francese nella legge del 13 Settembre - 16 Ottobre 1791, perchè era il più generale: egli vuole che la persona dichiarata sia *surrogata di pieno dritto all'acquirente che avrà fatta l'elezione d'amico.*

D'onde segue, che mediante la dichiarazione, si ritiene che l'acquirente non abbia mai acquistato nè trat-

(1) Fabro, *loc. cit.* Anche Voet menziona quest'uso per l'Olanda. *De cont. empt.*, n. 8.

(2) Merlin, Rép., V *Command.*

(3) Sull'art. 259 dello Statuto d'Amiens.

(4) Coment. manoscrit. sull'art. 192, Statuto d'Artois, riferito da Merlin, V *Vente.*

(5) Merlin, Rép., *Vente, loc. cit.*

(6) *Ad Pandectas*, tit. *Si ager vectig. vindic.*, n. 14.

(7) Maillart, sopra Artois, art. 193. Denizart, V *Command.* Merlin, Répert., V *Vente, loc. cit.*

tato col venditore, e mai contratto alcuna obbligazione (1). I suoi creditori, dopo la di lui dichiarazione non hanno alcuna ipoteca sul fondo venduto. Si sarebbe quasi potuto dire, che l' incaricato non è stato altro che un semplice mandatario; ne differisce però in questo, che il mandatario comparisce soltanto per altri, non stipula mai personalmente per sè, e deve esibire la sua procura. Al contrario l' incaricato non deve giustificare i suoi poteri; il più delle volte non ne ha alcuno, ed ignora perfino se troverá un amico che voglia subentrare in suo luogo. Di più egli stipula direttamente col venditore, e rimane anche acquirente definitivo, se non fa la sua dichiarazione, o perchè l' amico ricusa, o perchè non gli riesce trovare un committente (2).

Quale è dunque il carattere preciso dell' incaricato? Questo carattere è misto, e dipende dalla nomina, e dalla sua accettazione.

Finchè la dichiarazione di committente non è fatta, l' acquirente nominato è il vero acquirente, e in lui risiede la proprietà (3).

Ma tostochè la dichiarazione di committente è fatta ed accettata, tutti i dritti dell'incaricato cadono distrutti; una condizione resolutiva si verifica, cancella il suo intervento, e gli surroga l'individuo a vantaggio del quale è stata fatta la nomina.

66. Molinéo esigeva che diverse condizioni si riunissero nella persona del committente (4). Egli voleva che fosse necessariamente nato o almeno concepito all'epoca della compra, che fosse conosciuto dall'acquirente, che gli avesse conferito mandato. Penetrato dalle anomalie di questa materia, lottava per introdurvi qualche principio, e per questo egli sentiva che era d' uopo trasformare l' incaricato in mandatario, e non lasciarlo padrone della scelta indeterminata della persona del compratore. Ma la pratica si prendeva giuoco di questi tentativi con i quali la scienza si sforzava di soggiogarla, e spingeva fino all' eccesso il disprezzo delle regole.

67. Si volle dunque che l' acquirente potesse acquistare senza mandato, anche per persona ignota, e che manifestando l' intenzione di non comprare per sè medesimo, lasciasse una piena incertezza intorno al vero acquirente. L' odio dei dritti di mutazione, in specie di quelli che venivano percetti dai signori nella trasmissione dei feudi, sembrava agli occhi degli uomini di legge, nemici della feudalità, legittimare questi inesplicabili traviamenti. Si sono essi perpetuati fino ai nostri giorni, ed il codice civile non ha cercato distruggere questa sorgente di numerosi abusi; io ne ho veduto degli esempii che dovrebbero attirare sulle dichiarazioni di committente l'attenzione del legislatore. Citerò il seguente:

Il seminario di Verdun andava creditore di un certo Guebey della somma di 3,950 fr. 62 cent. Per sicurezza di questo credito, Guebey aveva ipotecato una casa, che aveva acquistata durante la sua comunione di beni con Maria Teresa Guebey, sua moglie. Il seminario aveva inscritto sotto di 12 Ottobre 1824. La donna Guebey essendo morta, si divenne alla divi-

(1) Merlin, Rép., V *Vente*. Toullier, tom. 8, pag. 255. Duranton, *De la Vente*, n. 41.

(2) Toullier, t. 8, n. 171.

(3) Fabro, lib. IV, tit. 34, def. 5.

(4) Sull'art. 33, Statuto di Parigi, e Henrion, Rép, *Election d' Ami*.

sione della comunione, e la casa fu messa in vendita; una clausola del quaderno di oneri, autorizzava l'acquirente a nominare committente. Il seminario di Verdun intervenne in conformità dell' art. 882 del codice civile, ma non fece opposizione a codesta facoltà, della quale non previde le conseguenze. L' aggiudicazione avendo avuto luogo a vantaggio di un tale, ed il prezzo essendo sembrato giusto, il seminario si credè assicurato del pagamento del suo credito sulla porzione del prezzo spettante a Guebey. Ma nel termine fissato per nominare committente, l' aggiudicatario dichiarò di aver comprato per conto della signora Brocard, erede della donna Guebey, e perciò condividente col sig. Guebey. Da questo stato di cose resultava, che in seguito della divisione, la casa essendo entrata nella parte della sig. Brocard, si reputava che quest' ultima l' avesse immediatamente ricevuta da sua madre, a tenore delle disposizioni dell' art. 883 del codice civile, ed averla ricevuta franca e libera da qualunque onere ed ipoteca create da Guebey, che d' altra parte reputavasi non esserne mai stato proprietario (1). Lo che conduceva a quest'altro resultato, che il prezzo della casa non si trovava affetto da alcun titolo di preferenza, e che il seminario non aveva altri dritti tranne quelli di un creditore chirografario (2).

Senza la facoltà di nominare committente, la cosa sarebbe andata diversamente, perchè allora il seminario avrebbe potuto prendere le misure necessarie acciò il condividente non restasse aggiudicatario, e perchè la vendita si facesse a vantaggio di un estraneo, il che avrebbe impedito l'annullamento della sua ipoteca (3). Ma la dichiarazione di committente avendo sostituito all' acquirente ostensibile, la di cui presenza non nuoceva al seminario, un altro acquirente fino allora ignoto che distruggeva i suoi dritti, il creditore ipotecario si vide vittima di questa clausola, e della incertezza che essa autorizza sulla persona del compratore.

Questo caso non è il solo che possa presentarsi. Si comprende facilmente che un acquirente può speculare sulla facoltà di nominare committente, destramente stipulata nel contratto, per sottrarre ai suoi creditori ipotecarii una proprietà che sarà entrata a far parte dei suoi beni, e che egli ne vorrà fare uscire franca e libera.

68. Vediamo ora le condizioni restrittive alle quali sono sottomesse le dichiarazioni di committente.

In primo luogo bisogna che la facoltà di nominare committente sia riservata nel contratto, senza di che, nè il governo, nè i creditori ipotecarii dell'acquirente sarebbero obbligati di riconoscere la nomina che venisse fatta in seguito. La legge del 5 Dicembre 1790 era precisa sopra tal materia (4), ed è stata confermata dalla legge del 22 Frimajo anno VII.

69. In secondo luogo, la dichiarazione di committente dev' essere emessa nel termine convenuto. Tra le parti, questo termine può variare: può essere di sei mesi, un anno, due anni, etc. (5), e durante questo tempo

(1) Pothier, *Communauté*, n. 140 e 715; *Société*, n. 171; *Vente*, n. 638.

(2) Decisione inedita di Nancy, 20 Febb. 1832.

(3) Medesima decisione.

(4) Toullier, t. 8, pag. 170. Ma la quistione era più dubbiosa secondo gli antichi principii. Pothier, Orléans, tit. 1, n. 145.

(5) Toullier, t. 8, n. 174.

l'incaricato può esercitare tutti i dritti di un proprietario (1).

Ma rapporto al governo vi sono delle regole differenti, ed un termine fisso e brevissimo è stato stabilito dalle nuove leggi. Esso variava nell' antica giurisprudenza; Livonnière lo fissava a un anno, Chopin a due mesi, altri a quaranta giorni; Pothier era d' avviso che dovesse essere rilasciato all' arbitrio del giudice (2). Le leggi del 5 Dicembre 1790, e 13 Settembre 16 Ottobre 1791, l' avevano prorogato a sei mesi. Ma questo era troppo lungo, perchè quando un acquirente conserva la cosa per lo spazio di sei mesi, vi è una forte presunzione che la sua prima idea sia stata di comprare per sè, e che mediante il riservo della dichiarazione di committente abbia voluto ritenere un mezzo per nascondere al governo una seconda vendita. Per tal cagione, le leggi dei 14 Termidoro anno IV, e 24 Frimajo anno VII, hanno ridotto il termine a 24 ore, prescrivendo di più, che la dichiarazione fosse fatta per atto pubblico (3). Ma il solo governo può prevalersi di questo termine.

Tra l'acquirente e il venditore, ed i creditori dell'acquirente medesimo, il termine convenzionale costituisce la legge del contratto, e la misura dei dritti respettivi. Ne dobbiamo però eccettuare il caso della frode che è sempre fuori delle regole ordinarie, e che è dell'ufficio dei magistrati di valutare secondo le circostanze (4).

70. In terzo luogo la dichiarazione di elezione, dev' essere accettata dal committente nel termine convenuto (5), e riguardo al governo nello spazio di 24 ore. Se fosse accettata più tardi, si dovrebbe decidere che è stata contrattata una nuova vendita. « Nova venditio contracta videbitur, « ob idque et nova laudimia debe« buntur (6). »

71. In quarto luogo è necessario che la dichiarazione di committente sia notificata al governo entro le 24 ore dell' aggiudicazione, o del contratto (7). Senza che l'elezione d'amico è considerata come una vera rivendita (8). Sempre però si può supplire a questa notificazione per via di equipollenti. Quindi, se il notaro dentro le 24 ore sommette al visto del ricevitore il suo repertorio sul quale è trascritta la dichiarazione di committente, se la medesima dichiarazione è presentata dentro il medesimo tempo al registro, la legge finanziera è sufficientemente eseguita (9). Del resto questa formalità è prescritta nel solo interesse del governo, e perciò la di lei omissione non autorizzerebbe il venditore ad opporsi all'esercizio dell' elezione d'amico, alla quale avesse acconsentito (10).

72. In quinto luogo si richiede, che la dichiarazione fatta dall' incaricato, e l'accettazione che ne fa il committente sieno pure e semplici e non contengano un prezzo differente o delle condizioni e clausule differenti da

(1) Merlin, V *Vente.*

(2) *Loc. cit.*

(3) Legge del 24 Frim. anno VII, art. 68, § 1, n. 24.

(4) Toullier, t. 8, n. 175.

(5) Legge del 13 Settembre - 16 Ottobre 1791. Fabro, lib. IV, t. 34, def. 2.

(6) Fabro, *loc. cit.*

(7) Legge del 22 Frimajo anno VII, art. 68.

(8) Cassazione, 3 Ventoso anno XI, 3 Termidoro anno IX, etc. Dalloz, *Enregist.*, t. 13, pag. 199. Merlin, *Quest. Déclarat. de comm.*

(9) Dalloz, V *Enregist.*, t. 13, pag. 186, dà sopra questo proposito due decisioni ministeriali de' 12 Febb. 1807, e 2 Germile anno III, n. 7. Cass. 31 Maggio 1825. (Sirey 1825. 1. 409).

(10) Rép., *Vente*, § 3, n. 4, t. 36, pag. 71.

quelle segnate nel contratto d' acquisto (1). Alla minima mutazione che succeda nelle condizioni della compra, l' acquirente ostensibile fa un atto personale di proprietà, e non è più un mandato che eseguisce, ma bensì pone in essere una rivendita nel modo il più formale (2). Tuttavia la cosa sarebbe diversa, se il venditore acconsentisse in buona fede ad intervenire per render valide queste modificazioni mediante la sua accettazione.

73. Del rimanente, il compratore può nominare più committenti in vece di uno solo, e può distribuire tra di essi il prezzo e le parti della cosa. « Moribus nostris receptum est, dice il « presidente Fabro (3), ut ista electio « fieri possit etiam pro parte. » Medesimamente ha con ragione giudicato la corte di cassazione, con decisione del 13 Aprile 1815 (4). Perchè vi è motivo di credere, che l' incaricato avesse mandato da diverse persone, e perciò non si può dire che vi sieno diverse vendite. « Nec idcirco, dice ancora il medesimo magistrato, plures « emptiones contractæ videbuntur. »

74. L' acquirente non potrebbe essere considerato come acquirente reale, se nel tempo che decorre tra la vendita e la dichiarazione di committente facesse degli atti di possesso o anche di proprietà. Merlin ha dimostrato la verità di questa proposizione (5): in fatti si reputa che questi atti sieno fatti a titolo di mandatario, e d' altronde nell' espettativa della dichiarazione di committente, le terre non debbono essere coltivate, le case appigionate, etc. ?

75. È stato sostenuto, che quando il riservo di dichiarazione di committente fosse concepito in questi termini: « Acquisto per me, E per uno, o « più amici, che farò conoscere den« tro il tal tempo, » si avrebbe un' altra cosa che una dichiarazione di committente ; si avrebbe cioè associazione di un terzo alla vendita, e l' acquirente nominato dovrebbe rimanere obbligato, rimanendogli però salva la facoltà di aggiungersi un coacquirente ; ed infine non si dovrebbe fare l' induzione di un vero riservo di dichiarazione di committente, fuorchè quando si dicesse : « Acquisto « per me, o per un amico da eleggere. »

Merlin ha provato che nel linguaggio del foro, nell' opinione degli scrittori, e nella pratica costantemente adottata, non fu mai posta alcuna differenza tra queste due formule (6). Consultando infatti il presidente Fabro (7), Brodeau sopra Louet (8), ed altri giureconsulti, è facile convincersi, che queste due locuzioni sono sempre adoprate come equivalenti : così ha giudicato la corte di cassazione, 27 Gennajo 1808 (9).

76. Non devesi parificare alle vendite con facoltà di eleggere committente, quelle che si fanno all' udienza d' incanto a profitto dei patrocinatori (art. 709, cod. di proc.) Prima della pubbli-

(1) Pothier, Orléans, n. 145. Fabro, *loc. cit.*, def. 1. Legge del 5 Dicembre 1790. Toullier, t. 8, n. 171.

(2) Cassazione, 31 Gennajo 1814. Dalloz, *Enreg.*, t. 13, pag. 187 e 190. Sirey, 5, 2, 257. Agen, 22 Maggio 1832 (D. 33, 2, 93).

(3) Cod., lib. IV, t. 34, def. 3.

(4) Dalloz, *Enregist.*, t. 13, pag. 191.

(5) Repert., V *Vente*, § 3, n. 4, t. 36, p. 71. Dalloz, *Enreg.*, t. 13, pag. 188, n. 12.

(6) *Vente*, § 3, n. 4.

(7) *Loc. cit.*, def. 1 e 8.

(8) Lettera R, § 2.

(9) Repert., *Vente*, § 3, n. 4, *in fine*. Toullier è della stessa opinione, t. 8, n. 170.

cazione del codice di procedura, ognuno poteva fare rincari in un aggiudicazione giudiziaria. In questo sistema, i patrocinatori non avevano alcun privilegio sopra qualunque altro individuo che volesse acquistare con facoltà di eleggere committente (1). Ma il codice di procedura avendo collocato l' udienza d' incanto nel dominio esclusivo dei patrocinatori, si stabilì d' allora in poi la presunzione che il patrocinatore il quale rincarava, non agiva per conto suo, ma nell' interesse di un cliente, dal quale aveva ricevuto il mandato. Dichiarando il nome dell' aggiudicatario, non faceva un' elezione d' amico, ma si limitava a far conoscere il suo cliente. Soltanto quando il patrocinatore non ha dichiarato entro tre giorni dall' aggiudicazione il nome dell'aggiudicatario, e non ha nello stesso spazio di tempo esibito la sua accettazione, la legge lo reputa aggiudicatario in proprio nome (2). Può nulladimeno esonerarsi tuttora da tale responsabilità, coll' esibire il mandato in virtù del quale ha operato (3).

Da tutto questo resulta che un patrocinatore il quale si è reso aggiudicatario, può spogliarsi di ogni obbligazione nominando il suo cliente, senza che questa facoltà gli sia stata riservata nel processo verbale di aggiudicazione (4), giacchè tal facoltà gli appartiene di dritto, in virtù dell'articolo 709 del codice di procedura civile.

Ne segue ancora non esser necessario che la dichiarazione del patrocinatore sia notificata al governo (5) dall' aggiudicatario che egli nomina. Imperciocchè laddove non vi è dichiarazione di committente, non vi è neppure necessità di osservare le formalità speciali introdotte per questo genere di vendita.

Ne consegue finalmente, che l'aggiudicatario dichiarato dal patrocinatore può, nel termine assegnato dall' art. 68 della legge dell' anno VII, fare una elezione di committente, purchè però il patrocinatore ne abbia fatto il riservo nel processo verbale d' incanto (6).

È da notarsi che le disposizioni dell' articolo 709 del codice di procedura non si applicano solamente alle vendite fatte alla barra del tribunale, ma anche alle vendite fatte dinnanzi notaro (7).

77. Dopo aver trattato delle vendite fatte con facoltà di eleggere committente, parliamo di alcune altre stipulazioni che si presentano a modificare la vendita.

Accade talvolta, che chi prende ad imprestito una somma di danaro, e dà per guarentia un immobile, promette che se alla scadenza non paga la somma, il creditore rimarrà proprietario della cosa ipotecata, la quale verrà stimata da dei periti; questa è una vendita condizionale, lecita ed obbligatoria (8). « Potest ita fieri pignoris

(1) Cassazione, 6 Dicembre 1808, (Dalloz, *Enreg.*, t. 13, pag. 201). Toullier, t. 8, pag. 253.

(2) Art. 709, cod. di proc.

(3) Idem.

(4) Cassazione, 23 Aprile 1816. (Dalloz, *Enreg.*, t. 13, pag. 194).

(5) Cassazione, 3 Sett. 1810, e 9 Agosto 1811. (Dalloz, *Enreg.*, t. 13, pag. 191). La prima decisione fu proferita in seguito di divisione.

(6) Cassaz., 24 Aprile 1811, e 23 Aprile 1816. Toullier, t. 8, pag. 253, 254. Dalloz, *Enreg.*, t. 13, pag. 193 e 194.

(7) Cassaz., 26 Febb. 1827. (Sirey, 1827, 1, 260).

(8) Cassazione, 22 Dicembre 1813. Dalloz, *Enreg.*, t. 13, pag. 159, Merlin, Rép., V *Vente*, § 9, n. 1, *bis*.

« datio, dice Marciano (1), ut si in- « tra certum tempus, non sit soluta « pecunia, jure exceptionis possideat « rem *justo pretio tunc æstimandam.* « Hoc enim casu videtur quodammodo « *conditionalis esse venditio*, et ita « divus Severus et Antoninus rescrip- « serunt. »

Questa clausola non deve esser confusa con la legge commissoria, che veniva inscritta nei contratti d' anticresi, e che Costantino proscrisse a motivo della sua crudeltà (2). Questo patto usurajo ed ingiusto, consisteva nell'attribuire di pieno dritto e senza stima il dominio della cosa al creditore, in seguito della non effettuazione del pagamento nel tempo convenuto. Il disgraziato debitore, stretto dal bisogno di danaro, dava molte volte in guarentia un immobile di un valore triplo della somma che riceveva, e quando il termine del pagamento scadeva, e che si trovava nell'impossibilità di pagare, vedevasi privo ad un tratto della miglior parte dei suoi beni, e leso in modo tirannico, senza poter muovere un lamento (3).

La vendita condizionale della quale abbiamo parlato non ha guari sulle tracce di Marciano, e che è molto in uso nelle province meridionali della Francia, non ha questi inconvenienti. Il creditore resta padrone della cosa per il suo giusto valore, nè vi è da temere alcuna lesione.

Una stima però che fosse fatta nel momento del contratto, meriterebbe d'inspirare qualche diffidenza, perchè sarebbe possibile che chi prende ad imprestito, costretto dal bisogno di danaro, acconsentisse ad una stima fittizia. Perciò Marciano esige che la stima si faccia allo spirare del termine assegnato al pagamento *(tunc)*. Allora soltanto chi ha preso ad imprestito si suppone che goda della sua intiera indipendenza; e d'altronde se la cosa aumentasse di valore durante il tempo concesso a pagare, sarebbe ingiusto che il creditore ne profittasse senza compenso.

Si può anche stipulare che il creditore farà vendere l' immobile dopo precetto e editti (4).

78. Presso i Romani eravi un patto frequentatissimo, ma del quale non si è serbato alcuna traccia nei nostri costumi. Questo consisteva nel convenire, che se alcuno offriva in un certo tempo delle condizioni più vantaggiose, il venditore poteva riprendere la cosa (5). Tal condizione era secondo le circostanze, o sospensiva, o resolutiva (6). Quando era resolutiva, il compratore doveva restituire i frutti (7); tutti gli oneri imposti da lui nel fondo si annullavano, e il venditore doveva dal canto suo restituire il prezzo e gl' interessi (8). Chopin pretende che questo patto debba essere sottinteso nelle vendite e locazioni contratte dal demanio pubblico (9), ma io non credo che un tal privilegio sia ammissibile.

79. Gl' incanti hanno qualche somiglianza con la vendita suddetta, perchè essi pure sono un contratto che

(1) L. 16, § fin., *De pignor. et hyp.*, *infra*, n. 157, *bis.* Pothier, Pand., t. 1, n. 24.

(2) L. fin., C. *De pactis pignorat.* Pothier, Pand., t. 1, n. 5.

(3) Ved. gli art. 2078 e 2088, del codice civile.

(4) Decisione di Pau, del 27 Gennajo 1827. Bordeaux, 28 Aprile, e 29 Giugno 1830, S. 1830, 2, 11 e 299. Dalloz, *Nantissement*, t. 20, p. 229, n. 6.

(5) Dig. *De in diem add.* Pothier, *Vente*, n. 446.

(6) L. 2, Dig. dat. tit.

(7) L. 4, § 4, d. tit. Despeisses, t. 1, p. 41, 10, 5.

(8) Despeisses, *loc. cit.*

(9) *De domanio*, lib. III, tit. 29, n. 16.

è destinato ad aver forza unicamente nel caso che niun'altra persona si presenti ad offrire un prezzo più vantaggioso. Ne differiscono però essenzialmente per questo, perchè l'*addictio in diem* era una vera vendita, mentre che l'incanto è una semplice promessa di comprare, sotto condizione che non si verifichi un' offerta maggiore (1).

L' obbligazione adunque che si contrae mediante una semplice offerta all' incanto, si dissolve in forza di una nuova offerta più elevata accettata dal giudice, dal notaro, o dal perito stimatore. Il primo de' due offerenti è sciolto dalla sua obbligazione, ancorchè quegli che ha fatto il rincaro non possa pagare. Pothier crede che avverrebbe altrimenti se l' incanto fosse nullo per difetto di formalità o per incapacità di chi fece la maggiore offerta, e ciò perchè un incanto nullo non è un incanto (2). Ma quest'opinione vien contraddetta dall'art. 707 del codice di procedura civile, il quale prescrive che in questo caso il primo de' due offerenti resti liberato.

L' obbligazione del maggiore offerente si scioglierebbe egualmente, se la cosa perisse innanzi l' aggiudicazione. Perocchè non essendo egli proprietario, non dovrebbe soffrirne la perdita avvenuta senza sua colpa (3).

80. Potrebbesi parimente notare qualche punto di contatto tra l' *addictio in diem*, e l'aggiudicazione preparatoria.

Ma vi sono delle differenze che non concedono di confonderle. Primieramente l' aggiudicazione preparatoria include sempre una condizione sospensiva; il dominio del fondo non si trasferisce, e l'aggiudicatario non viene immesso in possesso (4).

Nelle vendite chiamate *addictio in diem*, il primo compratore era sempre preferito al secondo, se offeriva il medesimo prezzo di lui. Per lo contrario l' aggiudicatario non può conservare il suo contratto, altro che superando l' offerta di chi ha superato la sua (5).

Finalmente nell'*addictio in diem*, se allo spirare del termine stipulato non era sopravvenuto alcun migliore offerente, la prima vendita era confermata di pieno dritto, ed il venditore non poteva più vendere la cosa ad un maggiore oblatore. Al contrario nell'aggiudicazione preparatoria, allo spirare delle sei settimane (art. 706, codice di procedura) si pone nuovamente all' asta il fondo, e se l' aggiudicazione definitiva succede, può esservi luogo al rincaro del quarto.

Relativamente all' aggiudicazione definitiva, che nella vendita d'immobili in seguito di espropriazione forzata è sempre sottoposta al riservo legale del rincaro del quarto (6), essa contiene la condizione: purchè *niuno faccia il rincaro del quarto*, che è una condizione resolutiva (7) avente qualche analogia con l' *addictio in diem*.

(1) Pothier, *Vente*, n. 506.
(2) Pothier, *Vente*, n. 523.
(3) Merlin, Répert., V *Enchère*.
(4) Pothier, *Vente*, n. 519.
(5) Id., n. 520.
(6) Art. 710, cod. di proc.
(7) Il mio comento sulle Ipoteche, art. 2154. Duranton, tom. 7, n. 92, Edis. Tarlier.

ARTICOLO 1585.

Quando si tratti di mercanzìe non vendute in massa, ma a peso, numero e misura, la vendita non è perfetta, in quantochè le cose vendute stanno a rischio del venditore, finchè non sieno pesate, numerate, o misurate: ma il compratore può chiederne la consegna, o i danni ed intesessi, se vi è luogo, in caso d'inadempimento dell' obbligazione.

SOMMARIO.

81. Della vendita di mercanzie in massa, o a peso, numero e misura. Della vendita in massa. È pura, e semplice.
82. La vendita a peso, numero e misura, è condizionale, e conseguentemente imperfetta.
83. Conseguenze di questo principio rapporto alla traslazione della proprietà, ed al pericolo della cosa venduta.
84. Nulledimeno la vendita è perfetta, in quantochè le parti non possono recederne.
85. Epilogo dell' articolo.
86. Confutazione dell' opinione di Pardessus, Duranton e Merlin, e di una decisione di cassazione, le quali vogliono che la vendita fatta a peso, numero e misura, trasferisca la proprietà, anche avanti il peso, la numerazione, e la misurazione.
87. Risposta ad una obbiezione. Storia delle trasformazioni subite dall' art. 1585, durante la discussione al consiglio di stato, ed al tribunato.
88. Prove risultanti dai discorsi degli oratori, che la proprietà non è trasferita.
89. Quando si ha vendita in massa, e quando a peso, numero e misura?
90. 1. *Reg.* Non vi è vendita in massa, quando il prezzo è stipulato per ogni misura. Replica ad una opinione di Voet.
91. 2. *Reg.* Non vi è vendita in massa, quando si vendono tante misure, chilogrammi etc., per un prezzo unico.
92. 3. *Reg.* Ma si ha vendita in massa, quando una cosa presa in massa, è venduta per un prezzo non dettagliato. *Quid*, se si aggiunge che essa contiene tante misure? Anche in questo caso è una vendita in massa. Effetto di questa indicazione. Errore di Pardessus. Questa indicazione vien data nel solo interesse del compratore.
93. Nelle vendite che non sono fatte in massa, la tradizione non si può operare *ex consensu*, ma deve risultare dalla numerazione, dalla misurazione, o dal peso. La prova del peso, misurazione etc., dipende dalle circostanze. Necessità per le parti di procacciarsene una prova certa.
94. Conseguenze per il compratore, dalla mancanza di ricevimento.

COMENTO.

81. Quando si tratta di mercanzie (1), la vendita può farsi in massa, ovvero si può convenire che saranno numerate, misurate, o pesate. Nel primo caso la vendita è pura, semplice e perfetta, in virtù del solo consenso delle parti, e l' acquirente è proprietario, senza che sia necessario di nulla numerare, misurare o pesare. Per esempio, vi vendo il vino che è nella mia cantina, per il prezzo di 5000 fr. Questa è una vendita in massa, o *per aversionem*, come dicevano i Romani (2). Questa vendita ha per oggetto una quantità determinata dal luogo che la racchiude; vi è consenso sul prezzo e sull' oggetto venduto, nulla manca per conseguenza alla sua perfezione (3) (1586 codice civile). Perciò, se avanti che fac-

(1) *Quid*, se si fa una vendita d' immobili a tanto per misura? *Infra*, n. 333.

(2) L. 62, § 2, Dig. *De cont. empt.*

(3) L. 35, § 5, Dig. *De cont. empt.* L. 62, § 2, Id.

ciate asportare questi vini, essi s' inacetiscono, ovvero se le botti gli lasciano spandere, la perdita ricadrà sopra di voi (1). Tutti questi principii emanano dalle leggi Romane, che Pothier ha scrupolosamente seguite (2), e che sono il comento migliore di questa parte del codice civile.

82. Se la vendita, invece di essere fatta in massa, è fatta a numero, peso o misura, si adottano altre regole. Giacchè la cosa è indeterminata; e finchè l' operazione della numerazione, del peso e della misurazione non ne abbia fatto un corpo certo, s' ignora ciò che è stato venduto, come lo dice la legge 35, § 5, *De cont. empt.* « Mensura eo proficit .... ut appareat « quantum ematur. » In conseguenza il prezzo che il compratore sborserà rimane incerto. La perfezione della vendita è dunque sospesa finchè questa operazione non è effettuata, e perciò non è una vendita pura e semplice come la vendita di mercanzie in massa, ma bensì una vendita condizionale, come dice Voët (3), ed il presidente Fabro (4), sulla scorta del giureconsulto Cajo nella l. 34, § 5, Dig. *De cont. empt.* « Quia venditio *sub hac* « *conditione* videtur fieri ut in singulas metretas aut in singulos modios quos quasve admensuraveris, « aut in singulas libras quas adpenderis, aut in singula corpora quæ « adnumeraveris. »

83. Da ciò consegue che la proprietà non viene trasferita pel solo effetto del contratto, ma che è necessario aspettare l' avvenimento della condizione, e che se la cosa perisce avanti la numerazione, misurazione, ed il peso, perisce per il venditore (5).

In una parola, la vendita non è perfetta, nè uno dei suoi effetti principali viene prodotto. « Sabinus et Cassius « tunc perfici emptionem existimant, « quum adnumerata, admensa, adpensave sint (6). »

84. Non si creda però per questo, che innanzi l' adempimento della condizione, le parti contraenti possano recedere dalla loro obbligazione. Sono esse obbligate, perchè una obbligazione condizionale forma *vinculum juris*, come l'abbiamo già detto comentando l' art. 1583. Non vi è dunque più luogo a pentimento nel tempo intermedio tra il contratto, e l'avvenimento della condizione. « Medio « tamen tempore pœnitentiæ locus « non est, » dice Voët (7), parlando precisamente delle vendite delle quali ci occupiamo, e questa verità è stata provata da Tiraqueau, con quello sfoggio di citazioni e d'erudizione che è la caratteristica della sua scuola (8).

D'onde deriva la conseguenza, che il compratore potrà mettere il venditore *in mora* di fare la tradizione, cioè di far procedere alla numerazione, alla misurazione ed al peso, e che nel caso d' inadempimento potrà chiedere la refezione dei danni ed interessi. Tale è la disposizione del nostro articolo, ed è il corollario dei principii che abbiamo sviluppati trattando dell' art. 1583.

(1) Ulpiano, l. 1, Dig. *De peric. et com.* Cajo, l. 15, Id.

(2) *Vente*, n. 309 e 310.

(3) *Ad Pand., de cont. empt.*, n. 24.

(4) « Videtur enim hæc venditio facta *sub condi-* « *tione*, quæ per modi et mensuræ probationem im- « pletur, » dice Fabro nel suo cod. *De cont. empt.*, lib. IV, t. 28, def. 3, n. 5. Ved. anche Pardessus, n. 285, e Duranton, t. 9, n. 88.

(5) Pothier, *Vente*, n. 30). L. 35, § 7, Dig. *De cont. empt.*

(6) L. 35, § 5, D. *De cont empt.*

(7) *Loc. cit.*

(8) *De retractu gentilit.*, § 1, glos. 10, n. 25.

85. L'epilogo dell'articolo presente è dunque ciò che segue.

Quando la vendita è fatta a numero, misura e peso, la vendita è perfetta in quanto che le parti non possono rinunziarvi senza il loro consenso scambievole; ma non è perfetta in un senso differente, cioè per questo, perchè innanzi la numerazione, la misurazione ed il peso, la proprietà non è trasferita, e la cosa resta a rischio del venditore.

86. Se dico che la proprietà non è trasferita, ciò accade perchè questo resultato emerge indispensabilmente dai principii esposti all'art. 1583. Non può esservi traslazione del dominio della cosa, quando questa non è certa, o quando il prezzo esso pure è incerto, e la sua determinazione dipende da una condizione che non è adempita.

Pure si è preteso sostenere il contrario coll' appoggio di una decisione della corte di cassazione dell' 11 Novembre 1812. « La vendita delle mercanzie fatta a tanto per misura, dice il decidente nella rubrica di questa decisione (1), *trasferisce la proprietà nel compratore, anche avanti la misurazione*, se le parti sono d'accordo sulla vendita e sul prezzo. » Pardessus professa la medesima opinione, considerando il compratore, siccome proprietario anche innanzi la misurazione (2). Merlin riferisce la decisione della cassazione senza confutarla (3). Finalmente Duranton, di cui io non conosceva l' opera quando trattai la presente quistione per la prima volta, adotta codesta decisione, senza neppur sospettare che vi possa esser materia di controversia (4).

Per quanto rispettabili sieno queste autorità, pure non ci è permesso di accogliere una tale dottrina, e mi accingo a dimostrare, che dessa costituisce un errore palpabile, e che si fonda sopra un principio di giurisprudenza che si deve esser solleciti di proscrivere.

Ecco i fatti della decisione di cassazione.

Il 1° Novembre 1808, Larue, negoziante in legnami, vende a Peyramont, trentasei tese di legna da ardere, a ragione di 170 fr. per tesa. Si stipula che *Peyramont sarebbe proprietario di queste legna nel giorno stesso della vendita*, e che non ostante il venditore le farebbe pervenire al porto di Haveix, ove si obbligava di farne la consegna.

Si scorge fin d'ora che le parti si erano spiegate sulla traslazione della proprietà, e fissandola al momento della vendita, avevano nel fatto, e per la potenza della loro volontà, risoluto una quistione, che noi agitiamo qui nei semplici termini del dritto.

Le legna sono spedite, e giungono ad Haveix. Ma Larue dimenticando le sue obbligazioni, vende a Dessales una parte di questa mercanzia. Così apertamente recedeva da una vendita che anche nell'ipotesi che fosse condizionale, non cessava di obbligare il venditore, siccome fu detto di sopra.

Il 25 Gennajo 1809 Larue fallisce, ed alcuni giorni dopo vende l'altra parte di quelle legna a Baignoles.

Peyramont ricorre in giudizio tutt'insieme contro Dessales, Baignoles, e contro il fallito.

A Baignoles dice: Voi avete com-

(1) Dalloz, *Vente*, t. 28, p. 71.
(2) N. 292, *in fine*.
(3) Répert., V *Vente*, § 4, n. 2, t. 37, p. 74.
(4) T. 9, n. 92.

prato dopo il fallimento, dunque la vostra compra è nulla.

A Dessales dice: Larue si era spogliato della qualità di proprietario mediante l'atto di vendita: non ha dunque potuto agire fuorchè in qualità di mio mandatario; voi dunque siete tenuto a rendermi conto del prezzo delle legna che avete comprate da lui. Quest'argomento era pieno di evidenza, e tutti vedono che limitandosi a chiedere il prezzo, Peyramont rendeva omaggio al principio che tra due acquirenti di mobili, la preferenza si deve a chi se ne trova possessore, in conformità dell'art. 1141 del codice civile. Nel caso attuale, Dessales aveva avuto la tradizione delle legna vendutegli (1).

Finalmente Peyramont diceva ai sindaci: « Voi rappresentate Larue; « siete dunque in obbligo di farmi la « consegna di tuttociò che mancherà « nel rendiconto di Dessales, e nel- « la restituzione che deve farmi Bai- « gnoles. »

Giustissima era questa pretensione, perchè il fallimento di Larue lasciava sussistere la sua obbligazione, nè poteva impedire l'evento della condizione; e al verificarsi della condizione, la vendita diveniva pura e semplice: in una parola, era d'uopo giudicare della capacità civile di Larue, non al momento della verificazione della condizione, ma al momento del contratto (2).

La corte di Limoges diede vittoria a Peyramont. I decidenti non ci fanno conoscere i suoi motivi.

In sequela del ricorso in cassazione, i sindaci sostennero che la vendita essendo imperfetta al momento del fallimento, non poteva più giungere alla sua perfezione in un'epoca nella quale il fallito era destituto dell'amministrazione dei suoi beni. Questo era un'errore manifesto, che di per sè solo bastava a togliere ogni probabilità di successo al loro ricorso in cassazione.

Aggiungevano essi, che la vendita fatta a Peyramont non gli aveva trasferito la proprietà, lo che nella specialità del caso non era esatto, mentre effettivamente le parti avevano stipulato che la proprietà sarebbe acquistata in virtù della vendita, e dal giorno istesso della vendita, non ostante la mancanza di misurazione (3). Ma ammettendo anche che la convenzione delle parti non potesse derogare alla legge, e che la vendita sotto il rapporto della traslazione della proprietà fosse imperfetta, cosa mai poteva resultarne? Nulla assolutamente, poichè faceva sempre d'uopo ritornare a questo dato, cioè, che la vendita era perfetta sotto il rapporto del vincolo di dritto, e che in conseguenza, Larue o i suoi rappresentanti dovevano adempierne le stipulazioni. Questo era il giudicato della corte di Limoges.

La sola quistione della causa era quella di sapere se il fallimento si opponesse all'evento della condizione; quistione, la di cui soluzione doveva evidentemente risultar contraria ai sindaci.

Ebbene, questo lato della quistione è precisamente quello di cui la

(1) *Supra*, n. 42.

(2) Ved. ciò che abbiamo detto sull'art. 1584, n. 56.

(3) Argomentando dalla legge 10, Dig. *De peric. et comm. rei venditæ*, si può opinare, che una tale stipulazione nulla ha di proibito; ed anche Duranton è di questo sentimento (n. 63). Come accade dunque che la decisione della quale parlo, gli sia sembrata non suscettibile di critica?

corte di cassazione non si occupò. Essa prescelse di limitarsi all'esame della quistione della traslazione della proprietà, lo che oltre ad essere affatto superfluo, era anche un falso punto di vista, e giudicò che la proprietà era acquistata in conformità dell' art. 1583. Ma una simile decisione può fare autorità? Non è dessa contraria a tutti i principii sugli effetti delle obbligazioni condizionali e sulla estensione delle obbligazioni? Non resiste essa ai termini medesimi del nostro articolo, il quale dicendo che il rischio della cosa è a carico del venditore, finchè non sia eseguita la misurazione, fa chiaramente intendere che esso rimane proprietario; perchè a tenore dell' art. 1138, il rischio è la conseguenza della proprietà, ed il codice civile volle abolire i principii dell' antico dritto che Grozio trovava contrarii alla ragione, ed in virtù de' quali potevasi aver l' onere del rischio della cosa, senz' esserne proprietario.

87. La corte di cassazione objetta che il nostro articolo, dicendo che la vendita non è perfetta, in quantochè la cosa venduta, fino alla misurazione sta a rischio del venditore, con queste stesse parole stabilisce che la vendita è perfetta per tutti gli altri rapporti diversi dai risici, e che in conseguenza è traslativa di proprietà.

Questo ragionamento, sebbene ripetuto da Duranton, mi sembra inesatto. Eccone la prova.

Il nostro articolo formava in origine l'art. 4 del progetto di legge presentato al consiglio di stato. Era desso concepito così: « Per le mercanzie « vendute a peso, numero, e misura, « la vendita non è perfetta, prima che « desse sieno state pesate, numerate, « o misurate. »

Alcune osservazioni essendo state fatte nel consiglio di stato sull' importanza di quest' articolo, il console Cambacérès fece osservare (1), che lo scopo dei redattori era stato quello d' indicare « che non si voleva sot« toporre il caso della vendita fatta a « peso, numero e misura, alla dispo« sizione dell' art. 2 (oggi art. 1583), « il quale, secondo l' assioma *res pe« rit domino*, pone la cosa a rischio « del compratore dall' istante in cui « la vendita è perfetta. »

In tal modo, secondo Cambacérès, il rischio seguiva la proprietà. Nell' art. 1583 il rischio è a carico del compratore, perchè è proprietario, e perchè *res perit domino*; ma nell' art. 4 (oggi art. 1585), non milita la regola fissata dall' art. 1583, e il rischio grava sul venditore. E perchè ciò? Perchè esso è proprietario, e perchè la vendita non ha operato traslazione di proprietà. Qui si ha la regola *res perit domino* applicata al venditore, come essa è applicata al compratore nell' art. 1583.

La redazione comunicata al tribunato, modificava così l' art. 4.

« Quando delle mercanzie non so« no vendute in massa, ma a peso, nu« mero e misura, la vendita non è « perfetta, se non che dopo che le « mercanzie sono state pesate, nume« rate, e misurate (2). »

Il tribunato rimostrò, che questo articolo poteva far sorgere una grave difficoltà. « Si può concluderne, dice« va esso, che nel caso ivi previsto « non vi è neppure vendita; in modo « tale che il compratore non avrebbe « il dritto di costringere il venditore « all' adempimento della sua obbliga-

(1) Locré, *Législation générale; ou procès-verbaux des codes*, Brux., t. 1, Edit. Tarlier.

(2) Locré, ibid.

« zione. Ciò non pertanto questa obbligazione esiste, ed il venditore può essere sempre obbligato, o a consegnare la cosa venduta, o non potendolo, alla prestazione dei danni ed interessi. »

« Il solo effetto che deve produrre la circostanza menzionata nell' articolo, si è, che *non essendovi adempimento della vendita*, sebbene la vendita esista, i risici ai quali sono sottomesse le cose vendute, sono in questo caso particolare a carico del venditore, fino al peso, numerazione, e misurazione. »

In conseguenza, il tribunato propose una redazione, che è quella dell' art. 1585.

Il pensiero del tribunato è chiaro. Non consisteva già esso nel far decidere che la proprietà era trasferita, perchè conveniva non esservi *adempimento della vendita*, ma voleva che non fosse permesso di abusare dei termini dell'articolo, per dire, che la vendita non esisteva, e che il venditore poteva liberarsi dall'obbligazione.

88. Leggiamo ora i discorsi degli oratori, e vedremo manifestarsi più limpidamente ancora l' errore che io combatto.

Faure così parlava nel suo rapporto al tribunato intorno alla comunicazione officiale fatta dal governo (1).

« Nel primo caso (cioè quello della vendita in massa), il compratore ha implicitamente riconosciuto di acconsentire a prendere le mercanzie senz' altra verificazione, e questo è un risico che vuole accollarsi. Se vi è più di quello che egli sperava, ne profitterà; se vi è di meno, ne sopporterà la perdita. Esso dunque diverrà proprietario al momento della vendita.

« Nel secondo caso al contrario (quello delle vendite a peso, numero e misura) *il compratore non* PUO' DIVENIRE PROPRIETARIO *delle mercanzie*, se non che *quando saranno state pesate, numerate, o misurate*. Perchè fino a quel momento nulla vi è di determinato, e finchè nulla è determinato, le mercanzie stanno a rischio del venditore. *E' sotto questo punto di vista, che la vendita non è perfetta*. Del rimanente però esiste una obbligazione reale tra le parti fin dall'istante del contratto. Da queste obbligazioni correspettive risulta pel compratore il dritto di chiedere la tradizione, facendone la verificazione convenuta, e per il venditore il dritto di chiedere il prezzo della vendita offrendo di farne la tradizione. Tutte queste riflessioni si applicano agli oggetti che sono suscettibili di essere assaggiati o provati. »

Nel rapporto fatto da Grenier al corpo legislativo in nome del tribunato, trovasi ripetuta la stessa idea (2).

« Era importante distinguere il caso in cui vi è trasmissione di proprietà, da quelli in cui non vi è, sebbene vi sia sempre l' obbligazione che costituisce il principio della vendita, obbligazione il di cui eseguimento dev'essere reclamato dal compratore.

« La ragione di questa distinzione si è, che nel caso in cui la vendita è perfetta in virtù del solo consenso ... la cosa venduta addiviene *la proprietà* dell' acquirente, e fino da quel momento egli ne corre il

(1) Locré, *Législation générale; ou procès-verbaux des codes*, Bruss., t. 1, Ediz. Tarlier.

(2) Locré, ibid.

« rischio, a forma della regola tanto « conosciuta *res perit domino;* invece « che quando la vendita per verità esi« ste, ma non si può considerare co« me perfezionata senza il soccorso di « alcune circostanze, la cosa venduta « rimane a rischio del venditore, di« modochè se ella per l'innanzi peri« sce, perisce a danno del venditore, « *che non è ancora spogliato della pro« prietà.*

« È in seguito di queste idee, che « è stato detto nell' art. 2 (1583), *la « vendita è perfetta*, etc.

« Il principio generale è questo. « Il consenso dà vita alla vendita, e « *produce la trasmissione della pro« prietà.*

« *Una eccezione a questo principio « si trova registrata nell' art.* 4 (1585), « *che è così concepito*, etc.

« . . . Se avanti il peso etc., il vendi« tore rivendesse le mercanzie, e le « consegnasse a un terzo, questi *ne « avrebbe la proprietà*, in esclusione « del primo acquirente, *in favore del « quale non sarebbe seguita la trasmis« sione della proprietà*, etc. etc. (1). »

Dopo documenti tanto precisi, e schiarimenti tanto significanti, mi sembra inutile insistere davvantaggio sopra una verità, che mi meraviglio di veder dimenticata dalla corte di cassazione, e da alcuni scrittori di merito. Essa è basata sopra dei principii costanti in materia di vendita condizionale, e dei quali il nostro articolo è un corollario evidente (2). Io credo di averla ristabilita in tutta la sua luce, e non sarebbe possibile di allontanarsene, senza urtare di fronte i principii più elementari di questa materia.

89. Ma in qual caso vi è vendita fatta in massa, o vendita con condizione di misurazione, numerazione, e peso? Per deciderlo è d'uopo far uso di una scrupolosa attenzione ai termini della stipulazione. Pothier ha notato le seguenti regole, che serviranno di guida ad interpetrarli.

90. 1° La vendita è fatta *a misura* quando il prezzo è espressamente convenuto per ogni misura.

Perciò, se vi vendo 100 ectolitri di grano che si trovano in un dato granajo, a ragione di 20 fr. per ectolitro, abbiamo una vendita fatta a misura (3).

Parimente, se vi vendo un mucchio di grano che è nel mio granajo, a tanto l' ectolitro, è una vendita fatta a misura (4).

Tra i due casi citati vi è questa sola differenza, che nel primo tuttociò che si trova nel granajo indicato oltre i 100 ectolitri, non è l'oggetto della vendita, mentre che nel secondo il contratto abbraccia tutto il grano che forma il mucchio.

Ciò che abbiamo detto delle vendite fatte a misura, si applica alle vendite fatte a numero, o a peso.

Per esempio, se vi vendo il mio

(1) Ved. *infra*, n. 404.

(2) Duranton riconosce, che tali vendite a peso, numero e misura, sono condizionali (n. 68). Non mi riesce quindi comprendere perchè non applica a loro le regole che ho esposte al n. 60.

(3) La l. 35, § 7, Dig. *De cont. empt.*, dice: « Si « ex doliario (cantina) pars vini venierit, veluti « metretæ centum, antequam admetiatur, *omne* peri« culum ad venditorem pertinere. » La leg. 5, Dig. *De peric. et com. rei vend.*, è relativa anch' essa a questo caso. Cujacio, sul cod. *De peric. et com. rei vend.*, qualifica venditio *ad mensuram, quum in singulas amphoras pretium constitutum est.* Pothier, *Vente*, n. 310. Pardessus, n. 292.

(4) « Quod si vinum ita venierit, ut in singulas am« phoras... item frumentum, ut in singulos modios... « tunc perfici emptionem quum admensa, adpensave « sint. » L. 35, § 5, Dig. *De cont. empt.* Questa è anche l' opinione di Delvincourt, t. 7, p. 92, note, e di Pardessus, n. 292.

gregge di montoni a 10 franchi la testa, la vendita non sarà perfetta, sotto il rapporto del risico, finchè la numerazione non sarà stata fatta. « *Ergo si grex vœnierit*, dice Cajo ..... « *si in singula corpora*, *certo pretio*, « *eadem erunt quæ proxime tractavimus* (1). » Sarà lo stesso, se vi vendo 100 teste da prendersi nel mio gregge.

Vi vendo lo zucchero del mio magazzino a 1 franco la libbra: questa è una vendita a peso. Vi vendo 100 libbre di zucchero da prendersi nel mio magazzino: è questa una vendita dell'istessa natura.

In tutti questi casi, il rischio è a carico del venditore (2).

Secondo Voët (3), non si dovrebbe ammettere la regola esposta da Pothier, se non che con una distinzione. Lo scrittore Olandese conviene che vi è una vendita a misura quando comprate da me 100 ectolitri di grano da prendersi nel mio granajo, perchè allora, soltanto mediante la misurazione, si potrà sapere *quantum vœnierit*: la misurazione è la condizione sospensiva della vendita.

Ma egli pensa che sia altrimenti, se vi vendo tutto il vino che è nella mia cantina, a tanto per misura. La misurazione non è allora una condizione sospensiva di simil vendita; non è altro che un mezzo di riconoscere la quantità venduta, puramente e semplicemente, quantità del resto che forma avanti la misurazione un corpo certo, poichè è tutta quella che è contenuta nelle botti. Questa vendita ha qualche cosa di determinato; il contenente la precisa e la limita, e in tal caso la misurazione opera non una condizione, ma una semplice dimostrazione.

« Nec aliud dicendum (ha parlato « innanzi della vendita *per aversionem*), si quis omne vinum in dolio « reconditum seu doleare vendat, « atque ita totum corpus vini dolio « contenti, pretio sic constituto, ut « pro portione mensuræ per admensionem manifestandæ, solvatur pecunia (4); sic ut admensio non conditionem faciat, ex qua vis obligationis suspensa hæreret, sed tantum « modum demonstrationemque quamdam quantitatis vini *pure pleneque* « distracti... Secus, si pars quædam « vini dolearis solummodo esset vendita, quia tunc ante admensionem « sciri nequit quæ pars vendita intelligatur (5).

E più innanzi soggiunge:

« Potest enim vendi doleare vinum « tanquam certum corpus, ut statim « venditio perfecta sit, et tamen adeo di lex admetiendi, ut pretium totius dolii vini pro invento minore « majoreve vini venditi modo solvatur, « dum incertum utrique vel alterutri « quæ vini quantitas dolio contenta « sit, nec alter alterum incertæ mensuræ specie circumvenire vult, aut

(1) Leg. 35, § 6, Dig. *De cont. empt.* Despeisses, t. 1, p. 12, n. 10, *in fine*.

(2) Delvincourt pretende, che se vi vendo la metà del grano che si trova nel mio granajo a tanto per misura, e che il grano perisca, la perdita della quantità venduta concerna il compratore, perchè l'incendio ha consumato ciò che faceva l'oggetto della vendita. Ma questa opinione è falsa. La l. 35, § 7, Dig. *De peric.*, citata in nota poco fa, la riprova espressamente. La vendita essendo condizionale, tutto il risico è a carico del venditore, *pendente conditione*. *Infra*, n. 406. *Junge* Duranton, t. 9, n. 88.

(3) *De peric. et com.*, lib. XVIII, t. 6, n. 4.

(4) Risulta da ciò, che nell'ipotesi di Voet, il prezzo è subordinato alla misurazione.

(5) Sopra questi *dolia* dei Romani, Ved. Plinio, lib. XIV, c. 27.

« pati se circumveniri (1); quo casu « res tales fungibiles, jam considera« tæ ut corpora, *etiam ante admen« sionem, periculo emptoris sunt.* »

Caronda insegna un'opinione conforme. Un mercante, dic' egli, compra tutto il vino che contengono due tini, dopo averlo gustato ed esser convenuto del prezzo di una certa somma per botte. Essendo venuto qualche tempo dopo per farne l'asportazione, trova il vino guasto e corrotto, a motivo delle tempeste che hanno regnato per tutta la stagione, e dichiara di non volere più il liquido. Il venditore risponde, che questa è una vendita *per aversionem*. La misurazione *non si fa per il perfezionamento della vendita, ma per la determinazione del prezzo;* cita la legge 2. al c. *De peric. et com. rei venditæ* (2), e diversi altri testi. Per decisione del parlamento di Parigi del 15 Luglio 1560, fù giudicato che il compratore doveva prendere il vino (3). In tal guisa, a malgrado la fissazione del prezzo a un tanto per misura, il risico fu posto a carico del compratore prima della misurazione.

Finalmente riscontro, che nelle discussioni del consiglio di stato, Treilhard promosse la quistione, e la risolse nel modo istesso che Voët e Caronda. « L'articolo, nel modo in « cui è concepito, non è forse perfet« tamente esatto; *perchè se si com« pra tutto ciò che si trova in un ma« gazzino A TANTO PER MISURA, non « rimane incerto altro che la quantità, « ma la cosa ed il PREZZO sono deter« minati* (4); » e dopo alcune spiegazioni, Cambacérès dichiarò di associarsi a questa opinione (5).

Nonostante queste autorità, l'opinione di Pothier (6) mi sembra preferibile, tanto perchè essa si appoggia ad un testo positivo, cioè la l. 35, § 6, Dig. *De cont. empt.*, testo che ho poco fa citato in nota, quanto anche perchè, checchè ne dica Treilhard, il prezzo è incerto, finchè la misurazione non ha fatto conoscere a quante misure ascenda la quantità venduta. Ora l'incertezza nel prezzo rende la vendita condizionale, quando per passare dall'incerto al certo, è d'uopo adempire una condizione, come quella della numerazione, della misurazione, o del peso. Pothier ha contemplato il contratto sotto questo medesimo punto di vista; ciò che in parte lo colpisce in simil caso, è l'incertezza del prezzo (7), e questo lato della quistione sembra non essersi presentato a Voët. Caronda l'ha scorto, ma mi sembra che egli s'inganni, quando crede che la *certificazione* del prezzo sia inutile per il perfezionamento della vendita. L'incertezza nel prezzo rende la vendita condizionale, nell'istesso modo che l'incertezza della cosa.

(1) In tal modo il prezzo dipende sempre dalla numerazione, che nell'ipotesi di Voet è necessaria tanto nell'interesse del venditore, quanto in quello del compratore. Non si deve dunque confondere questo caso, con quello che esaminiamo alla *reg.* 3.

(2) Questa legge parla soltanto del caso, in cui non vi è espressione di misura.

(3) Réponses du Droit Français, lib. IX, rép. 30, p. 345.

(4) Locré, *Procès-verbaux*, t. 7, Edit. Tarlier.

(5) Locré, ibid.

(6) Che è anche quella di Cujacio. (Ved. *infra*, n. 92), e quella di Brunemanno, il quale dice, secondo Lauterbach: « *Ampliatur regula* (parla della regola, in virtù della quale la vendita a misura è imperfetta), *licet UNIVERSUM VENDITUM, QUOD IN CELLA EST, AD MENSURAM TAMEN.* » (Sulla leg. 6, D. *De peric. et com. rei vend.*, n. 5.)

(7) *Vente*, n. 309.

Finalmente, è falso che la cosa sia abbastanza certa per andare a risico del compratore. Senza dubbio, questa cosa è precisata quanto *al luogo* che la contiene, ma non lo è rapporto *alla quantità*, e qui la quantità è la condizione decisiva. Infatti quando io compro a misura, a peso, o a numero, dichiaro che voglio considerare la cosa come quantità, e non come corpo certo. La quantità può diminuire per essiccazione, assorbimento, scolo, corruzione, etc.; perchè si tratta di cose naturalmente soggette a deteriorazione. Io faccio a sufficienza conoscere, che non voglio addossarmi tutti questi rischi, che non voglio sopportare queste variazioni e queste perdite, finchè la cosa non sarà stata ridotta per me in quantità misurata, pesata, o numerata. Perciocchè, ciò che io compro non è una quantità definita soltanto dal contenente, ma una quantità definita, prima dal contenente, poi e principalmente dalla misurazione, dal peso, e dalla numerazione. Io ho voluto che si penetrasse nel contenuto, che venisse diviso in parti, che venisse disfatta la massa, che la quantità posta in evidenza dal venditore fosse trasformata in una quantità più precisa, mediante un'operazione ulteriore di calcolo. Finchè tutto questo non è eseguito, non si conosce ancora perfettamente ciò che è stato venduto. *Non apparet quid venierit*; e s'ingannano coloro i quali sostengono che vi è una vendita di corpo certo.

91. 2° La vendita si reputa fatta a misura, numero, o peso, anche quando si vendono tante misure di grano, tante libbre di zucchero, tanti piedi di alberi, per un prezzo fissato in massa. Perchè si reputa che questo prezzo sia il totale del valore di tante misure di grano, di tante libbre di zucchero, di tanti piedi di albero insieme coacervati. « Non intersit num pretium centum metretarum insimul dictum sit, an in singulas eas (1). »

92. 3° Quando si vende per un sol prezzo una certa cosa presa in massa, questa è una vendita in massa, o *per aversionem* (2): « res aversione vendita est quæ confuse et acervatim, dice Cujacio (3), pretio insimul dicto, non in singulas res constituto, vendita est. » Si ha ancora una vendita in massa, quando ad una cosa considerata in massa e venduta per un sol prezzo, si aggiunge la misura che si presume in essa contenuta. L'indicazione della misura è allora unicamente fatta nello scopo di tenere a calcolo il venditore per la mancanza che potesse riscontrarsi sotto dell'indicata misura (4).

Vi vendo per 1500 franchi tutto lo zucchero che si trova nel mio magazzino, pella quantità di 1800 libbre. Una tal vendita è fatta in massa e non è condizionale; il prezzo è certo, la cosa determinata: gli elementi del contratto si presentano senza modificazioni, senza sospensioni, e con un carattere puro, e semplice. È vero che si soggiunge, che la quantità dello zucchero ascende a libbre 1800, ma questa è una enunciazione dimostrativa, che dà al compratore il

(1) Cajo, L. 35, § 7, Dig. *De cont. empt.*

(2) L. 35, § 5, d. tit. Pothier, *Vente*, n. 310.

(3) Sulla legge 35, § 5, *De cont. empt.*, Ved. anche la legge 36, Dig. *Loc. cond.*, e la legge 10, § 2, Dig. *De lege Rhodia.*

(4) L. 10, § 1, Dig. *De peric. et com.* Pothier, *loc. cit.*, e n. 251 e 255. Pardessus crede (n. 285) che il compratore nulla potrebbe reclamare. Ma ciò non mi sembra ammissibile. *Infra*, n. 326.

dritto di esigere che il venditore supplisca ciò che manca alle 1800 libbre, se il numero non è completo, ovvero subisca una diminuzione nel prezzo. Possiamo in questo caso dire con Voet: « Admensio non conditionem facit, sed tantum modum demonstrationemque quamdam quantitatis *pure pleneque* distractæ (1). »

Uniformandosi a questi canoni di interpetrazione, la corte di cassazione ha giudicato, con decisione del 30 Agosto 1830, che la vendita di un barile di azzurro di 100 chilogrammi per il prezzo di 1000 franchi, non era una vendita a peso, ma una vendita in massa (2). Infatti il subbietto della vendita era il barile di azzurro, preso in massa, costituente un corpo certo. Il prezzo era stato calcolato sopra questa massa a 1000 franchi, e corrispondeva per la totalità della mercanzia contenuta in quel barile. L'indicazione della capacità del barile fissata in 100 chilogrammi, nulla toglieva alla certezza della vendita; nè era necessario si effettuasse la misurazione, perchè il contratto divenisse perfetto. Solamente se nel barile non si fossero ritrovati i 100 chilogrammi, il compratore avrebbe potuto costringere il venditore a completarli (3). Ma se ne avesse ritrovati un maggior numero, il venditore non avrebbe potuto reclamare un supplimento di prezzo, perchè aveva venduto per 1000 franchi tuttociò che si trovava nel barile. La clausola mediante la quale aveva egli assicurato che il barile conteneva 100 chilogrammi, era nel solo interesse dell'acquirente, e non nel suo (4). Nella sua qualità di venditore, egli doveva ben conoscere la capacità del recipiente. « Verisimile non est venditorem ignorasse modum rei suæ (5). » E se l' ha ignorata, questa ignoranza nel fatto proprio non è meritevole di scusa (6).

93. Quando la vendita di una mercanzia non si fa in massa, ma a peso, numero, e misura, la tradizione si effettua mediante il peso, la numerazione e la misurazione, eseguite in presenza delle parti contraenti.

Non si può operare per l' innanzi, perchè la cosa, ai termini del nostro articolo, rimanendo a rischio del venditore, come mai potrebbe accadere la tradizione, cioè la traslazione della cosa in potere e possesso del compratore (1604) ? Perchè una cosa sia consegnata, è d' uopo, se così mi è lecito dire, che sia *individualizzata*; e perchè una cosa venduta a misura sia individualizzata, è d' uopo che venga misurata. Senza la misurazione, non si può dire che sia stata venduta la tal porzione, piuttosto che la tal altra: non può esservi dunque vera tradizione, se non che quando la misurazione è stata eseguita.

Così giudicò la corte di Nancy con decisione del 4 Gennajo 1827 (7).

La prova della misurazione, della numerazione e del peso, dipende dalle circostanze. Può risultare da confessione, da dichiarazione, dalla corrispondenza, o da un atto contraditorio espressamente disteso. Quando le parti sono prudenti, debbono impie-

(1) Ad Pand. *De cont. empt.*, n. 4. *Supra*, n. 90.
(2) Dalloz, 30, 1, 359.
(3) Fabro, cod. *De cont. empt.*, def. 3 e 4. Pothier, *loc. cit.*, e 251.
(4) Pothier, n. 255.
(5) L. *Quisquis*, Cod. *De rescind. vendition.*
(6) L. fin. Dig. *Pro socio*. Henrys, t. 2, p. 548.
(7) Dalloz, 27, 2, 44.

gare tutta la loro attenzione nel comprovare in un modo positivo questa importante operazione.

94. La misurazione, la numerazione ed il peso, debbono esser fatti dentro il tempo determinato dalla convenzione (1), altrimenti si farà l' applicazione delle regole che esporremo in seguito nel comentare l' art. 1657 del codice civile (2); perchè la misurazione, la numerazione ed il peso si confondono con la tradizione, e il compratore moroso a farne operare il ritiro, dev'esser punito con la risoluzione della vendita, che avviene di pieno dritto, e senza intimazione (3). Se la convenzione sopra tal proposito è muta, si procederà a tenore dei principii esposti ai n. 678, 679, e 681 (4), e il compratore potrà esser condannato alla refezione dei danni ed interessi (5).

Nel dritto Romano, se il compratore non riceveva la consegna del vino venduto avanti la prossima raccolta, il venditore era autorizzato a spanderlo in danno del compratore, onde poter utilizzare le sue botti vuote per la raccolta (6); ma quest' uso presso i moderni è abolito (7).

Se la cosa è perita dopo che il compratore è stato costituito *in mora*, non si può dire che il risico sia andato a carico suo dal momento che avrebbe dovuto riceverne la consegna. Perocchè, come mai il compratore potrebb' essere responsabile del rischio, quando non vi era ancora vendita perfetta, mentre il peso, la misurazione, e la numerazione non erano state effettuate (8)? Potrà bensì venir condannato alla prestazione dei danni ed interessi dietro l' arbitrio del giudice; e secondo le circostanze, potranno essi elevarsi ad una somma eguale al valore delle cose perite. Del resto però, non credo che si debba stabilire con Duranton (9), che in ogni e qualunque caso la quantità dei danni ed interessi debba elevarsi fino ad una somma eguale al prezzo convenuto. Duranton si è partito da questo principio, cioè, che dopo la costituzione *in mora*, il risico è a carico del compratore. Ma questa proposizione, a senso mio è erronea; giacchè il pericolo va a carico del compratore quando la vendita è perfetta, ma non qnando non è peranche consumata.

(1) Voet, *De peric. et com. rei venditæ*, n. 4.
(2) *Infra*, n. 676.
(3) *Loc. cit.*
(4) *Junge infra*, n. 101.
(5) *Infra*, n. 681.
(6) L. 1, § 3, 4. Dig. *De peric. et com.*
(7) Groenewegen, ad l. 1, Dig. d. t. Voet, n. 4, d. t.
(8) *Infra*, n. 101, ove cito Voet. Duranton ha lasciato, per quanto mi sembra, sfuggire a torto alcune asserzioni contrarie a questa verità (t. 9, n. 89).
(9) *Loc. cit.*

ARTICOLO 1586.

Se al contrario le mercanzie sono state vendute in massa, la vendita è perfetta, quantunque le mercanzie non sieno per ancora state pesate, numerate, o misurate.

SOMMARIO.

95. Rinvio.

COMENTO.

95. Per non scindere la materia, abbiamo dato nella trattazione dell'articolo precedente, gli sviluppi che servono di comento a quello presente. Rimandiamo perciò ai n. 81, 89, 90, 91, e soprattutto al n. 92.

ARTICOLO 1587.

Riguardo al vino, all' olio, ed alle altre cose delle quali si costuma di fare l'assaggio prima della compra, non vi è contratto di vendita, finchè il compratore non le ha assaggiate, ed approvate.

SOMMARIO.

96. Delle vendite con la condizione dell' *assaggio*. Oggetti nella cui vendita questa condizione è sottintesa. Ma da chi dev' esser fatto l' assaggio? Dal compratore, costituito solo arbitro in questa materia, ossivvero da dei periti destinati alla censura del suo gusto? Importanza di tale quesito.
97. Del caso nel quale l' assaggio deve farsi dal solo compratore, che è quello preciso dall' art. 1586. Carattere d' imperfezione di un tal contratto di vendita: esso dipende dal puro arbitrio del compratore.
98. Condizioni necessarie perchè la vendita fatta in questo modo, acquisti la sua perfezione.
99. Del caso in cui l' assaggio può andar soggetto alla censura dei periti. Allora si ha una vendita condizionale; il compratore è obbligato, e l' art. 1586 del codice civile non è più applicabile. Confutazione dell' opinione contraria di Merlin.
100. In quali casi l' assaggio deve esser fatto dal solo compratore, ed in quali altri dev' esso venir sottoposto ad un nuovo assaggio per parte dei periti? Confutazione di una opinione di Duranton. La soluzione della quistione dipende dalle circostanze, e nel commercio non si deve mai soddisfare il gusto individuale del compratore, ma il gusto dei più. Basta dunque che la mercanzia sia buona, e della qualità indicata. Enumerazione di parecchi altri casi.
101. Sopra chi ricade la perdita innanzi l' assaggio? Distinzioni. Dentro qual tempo dovrà farsi?
102. Se ancora la vendita con assaggio è unilaterale, il venditore è obbligato. Risposta alle obbiezioni.
103. Delle prove dell' assaggio. Casi nei quali si reputa che sia stato fatto. *Quid*, se il compratore ha marcato le botti del vino?
104. Quando l' assaggio dev' esser fatto dal solo compratore, egli non è tenuto a dar conto ad alcuno del suo rifiuto di accettare la cosa.

COMENTO.

96. Vi sono cose che non si usa di comprare se prima non sono gustate: tali sono il vino, l'olio, etc.

Se il mio mercante di vino viene a propormi del vino di Borgogna per mio uso, e se ci troviamo d' accordo sul

prezzo, che non oltrepassa quello che io soglio impiegare nel vino di cui faccio uso, non vi sarà alcuna cosa di concluso, se non ho gustato ed accettato il liquido. È questo l'uso costante.

Se vado presso un negoziante di olii, e che il prezzo di questi mi convenga, perchè tra noi abbia luogo un contratto definitivo, è indispensabile che me gli faccia gustare.

Invero però, la condizione dell'assaggio può non essere imposta dal compratore, il quale può ad essa renunziare, se lo crede opportuno (1), ed allora la vendita è pura e semplice, purchè però essa sia stata fatta in massa, e non a misura. Ma una simile renunzia si discosta dagli usi ordinarii, e non si presume tanto facilmente. « Difficile est, dice Ulpiano, ut quisquam vinum emat, ut ne degustet (2). » La condizione di assaggio è dunque in generale sottintesa nelle vendite di vino, olii, e cose simili. Tale è il senso del nostro articolo.

Quest'articolo non specifica le altre cose che parifica al vino, ed all' olio, e che si ha il costume di assaggiare. Ciò dipende dagli usi locali (3). Si può citare l' acquavite, l' aceto, il butirro, etc. Nel commercio all'ingrosso, come nelle compre giornaliere fatte dai piccoli consumatori, è raro che questi differenti oggetti si acquistino senza assaggio.

Ora occorre vedere chi deve fare quest' assaggio, se il compratore, o se invece dei periti, chiamati per sottoporre a censura il suo gusto, e stabilire se la mercanzia è di buona qualità. La soluzione di tal quesito è importantissima, ed esercita una potente influenza sul carattere della vendita. Eccone la prova.

97. Allorchè vi è una condizione di assaggio espressa o tacita per la parte del compratore, e questo è il caso del nostro articolo, la vendita non esiste finchè la cosa non è stata assaggiata ed accettata da lui. « *Videlicet quasi tunc plenissime veneat cum fuerit degustatum.* » Queste sono le parole di Ulpiano (4). Della qual cosa la ragione si è, che questa condizione fa dipendere la vendita dal puro arbitrio del compratore, e che impedisce, come l'abbiamo detto superiormente al n. 51, che vi sia, rapporto a lui, un vincolo di dritto. Non si può dunque dire, che la vendita sia neppure condizionale (5), perchè non si conosce vendita senza venditore; e siccome qui il compratore non è obbligato, non rimane altro che un contratto innominato, ed unilaterale, il quale obbliga senza dubbio il venditore, perchè una obbligazione è valida, se fu contratta sotto una condizione potestativa di colui, a profitto del quale si contrae l' obbligazione (6), ma non è certo una vera vendita, e tale non diverrà, fuorchè quando il compratore avrà dato la sua approvazione.

È dunque chiara la differenza che

(1) Discussione al consiglio di stato. Locré, t. 7, pag. 31. « Miot chiede che la disposizione dell' articolo non si estenda al caso, in cui desse trovasi rovinata della convenzione. Si può, per esempio, comprare un barile d' olio senza assaggiarlo. » (Essa voleva dunque che intervenisse una convenzione speciale per derogarvi.) « Galli risponde, che l' eccezione reclamata essendo stata stabilita per regola generale, (art. 1134), sarebbe inutile, quanto imbarazzante, il ripeterle ad ognuno degli articoli ai quali si applica. » Ved. *infra*, n. 101 e 103.

(2) L. 4, § 1, Dig. *De peric. et com. rei vend.*, Pothier, Pand., t. 1, p. 511. Despeisses, t. 1, p. 12, n. 10. Ved. *infra*, n. 103, un caso di renunzia.

(3) Delvincourt, t. 7, p. 94.

(4) L. 1, Dig., *De peric. et com. rei vend.*

(5) Delvincourt, t. 7, p. 94.

(6) Toullier, t. 5, n. 494. *Infra*, n. 102 e 115.

passa tra la vendita a peso, numero, e misura, ed il contratto subordinato alla condizione di assaggio per parte del compratore: la prima vincola le parti che non possono recederne (1); ma la vendita con condizione di assaggio per parte del compratore non obbliga quest'ultimo, perchè egli può liberarsi dal contratto di vendita, ricusando la cosa. Per questo motivo il giureconsulto Paolo proferiva le seguenti parole: « Alia causa est degu« standi, alia metiendi. Gustus enim « ad hoc proficit *ut improbare liceat;* « mensura vero... ut appareat quan« tum ematur (2). » Perciò, finchè la condizione non è adempita, si può dire che non esiste vero consenso dalla parte del compratore (3), il quale rimane in facoltà di liberarsi dall' obbligazione: non vi è dunque vera vendita (4).

98. È d' uopo qui osservare, che il nostro articolo esige due condizioni perchè la vendita con assaggio del compratore sia perfetta; cioè l'assaggio fatto dal compratore, e poi l' accettazione data da lui. Infatti il solo assaggio non fa che la cosa sia venduta. Esso deve essere seguito dalla volontà, e dal consenso di comprare (5). Poi deve intervenire l' accettazione.

99. Quando al contrario l' assaggio dev' essere sottoposto alla censura dei periti, onde stabilire se la mercanzia è buona, mercantile, e non guasta, il compratore non può ricusare la mercanzia, se questa è realmente buona (6). La vendita in questo caso è condizionale; è un contratto positivo che vincola tanto il compratore, come il venditore, e che produce tutti gli effetti di un contratto, nel quale l' avvenimento della condizione dipende dall' arbitrio di un terzo (7). Può essere anche pura e semplice, come vedremo *infra* (8).

Esiste dunque una differenza capitale tra questi due casi: parificarli l'uno all'altro, sarebbe lo stesso che confondere le cose più disparate tra loro.

Merlin però insegna, che questa distinzione è prescritta dal nostro articolo (9); e che tanto in un caso, quanto nell' altro, la sua disposizione deve essere applicata.

Io non condivido questa opinione.

Primieramente la distinzione fatta nell' antica giurisprudenza, proviene da differenze profonde, che il legislatore moderno non volle annichilare, ed è basata sopra quella linea di demarcazione che abbiamo di sopra fatta rilevare (10) tra le condizioni rimesse nel pieno arbitrio del compratore, e quelle che non sono intieramente sottoposte alla sua volontà. Altro è assaporare una cosa per decidere se soddisfa il proprio gusto individuale, altro assaggiarla per stabilire se soddisfi al gusto generale e comune.

E poi, qualora si voglia indagare lo spirito del nostro articolo, ed esaminare ognuno dei termini che lo compongono, agevolmente si vedrà che esso parla ad evidenza del solo caso, nel quale l'approvazione della cosa dipen-

(1) *Supra*, 84.

(2) L. 34, § 5, Dig. *De cont. empt.* Pothier, *Vente*, n. 311.

(3) Portalis, *Exposé des motifs*. Locré, t. 7, p. 71.

(4) Ved. la nota sul n. 108, *infra*.

(5) Gotifredo, sulla leg. 1, Dig. *De peric. et com. rei venditæ*, nota c. Voet, d. tit., n. 3, *in fine*.

(6) Pothier, *Vente*, n. 311.

(7) *Supra*, n. 53.

(8) N. 101.

(9) Merlin, Rép., *Vente*, § 4, n. 3.

(10) N. 51, 52, 53.

de dal gusto particolare del compratore, e non dalla sua conformità col gusto generale e comune.

La prova esiste in quella espressione *finchè il compratore non le ha assaggiate ed approvate*, espressioni le quali suppongono che il compratore solo debba gustare, e che in conseguenza si tratti di soddisfare soltanto il suo gusto.

Ma nei casi nei quali si tratta di sapere se la mercanzia è buona, e non guasta, il gusto del compratore non deve essere l'unica regola, perchè il gusto è arbitrario, e può ritrovare cattivo ciò che ha in sè stesso un valore intrinseco mercatabile. I capricci del suo gusto non sono adunque la misura della bontà delle cose vendute; e contro i suoi capricci si deve potere appellarne a dei periti e degli arbitri eletti a constatare un fatto positivo, cioè se la mercanzia è o no guasta. Ora il nostro articolo non si occupa del caso nel quale si sottintende che l' assaggio dev' essere sottoposto al gusto dei periti, ma prende solamente di mira l' assaggio arbitrario fatto dal compratore medesimo.

Abbiasi dunque per fermo, che una vendita fatta a condizione che la cosa sarà al gusto buona, e mercatabile, è un contratto sinallagmatico, il quale obbliga il compratore, siccome il venditore, e produce tutti gli affetti di una vendita condizionale (1).

100. Ci resta ora a sapere in qual caso l'assaggio dev'esser fatto dal compratore medesimo, ed in quale altro sottoposto a dei periti giurati.

Duranton pensa (2) che bisogna esaminare se si è voluto assaggiare innanzi di comprare, ossivero comprare innanzi di assaggiare; perchè l' art. 1585 è applicabile all' unico caso nel quale si tratti di cose che *si costuma di fare l'assaggio avanti la compra*. Dunque, quando si è fatta la compra innanzi di assaggiare, non siamo più nei termini dell'art. 1586, e basta che la mercanzia sia buona. Ma io non credo di dovermi sottoscrivere a quest' opinione. Se non vi fosse anteriormente all' assaggio un vero contratto, l'art. 1586 avrebbe detto una puerilità, stabilendo che *non esiste vendita*. Sarebbe lo stesso che se avesse detto: *Non esiste vendita, quando non esiste vendita*. Per comprendere rettamente l'art. 1586, è d'uopo supporre che nel suo spirito è intervenuto il consenso sulla cosa e sul prezzo, e che tutte le condizioni della vendita si sono realizzate, eccettochè il consenso sulla qualità della cosa venduta. Duranton istesso è di questa opinione, e ne trovo la prova nell' esempio che egli cita di un abitante di Parigi, il quale va al mercato del vino, e sebbene approvi il prezzo del vino che gli è mostrato, pure non contrae vendita, finchè non ne ha assaggiata ed approvata la qualità. È evidente, che la quistione da me promossa in questo numero, non offre difficoltà, se non perchè le parti hanno contrattato in forma di pura e semplice vendita, e che si tratta sapere se hanno voluto rimettersi al gusto individuale del compratore, ovvero al gusto generale, valutabile da dei periti.

Per risolvere tale quistione è dunque necessario scegliere un criterio diverso da quello seguito da Duranton. Quale sarà?

Tutto, a mio parere, dipende dalle circostanze.

(1) *Supra*, n. 53.
(2) T. 9, n. 93.

1° Se si parla di vendite commerciali, è chiaro che non si tratta di soddisfare il gusto individuale del compratore, ma il gusto comune, e la decisione dei periti deve intervenire.

Quindi, per esempio, voi mi chiedete di spedirvi venticinque botti di acquavite di buon sapore, di buona prova e di buona origine, quali vi proponete rivendere, ed io le spedisco al vostro domicilio. Non vi è un solo commerciante al quale venga in mente di sostenere, che avete il dritto di recedere dal nostro contratto avanti l' assaggio. o di riportarvi al vostro gusto individuale, per dire che la mia acquavite non è mercatabile, altrimenti il commercio dei liquidi addiverrebbe impossibile.

Quale ne è la ragione? Essa è, che non si tratta qui di un affare di gusto tra il compratore ed il venditore; che non siete padrone di trovare quest'acquavite buona o cattiva secondo il vostro capriccio; che la sua qualità mercatabile è un fatto indipendente da tuttociò che potrete dirne secondo la vostra maggiore o minore esperienza nella stima di questa specie di liquidi; che è stato evidentemente convenuto o sottinteso tra le parti, che soltanto dei periti potrebbero fissare inappellabilmente la qualità della cosa (1), e che voi non potete esser liberato dal vostro contratto di compra, finchè essi non abbiano deciso, che la mercanzia non è buona e di qualità mercatabile. Non si può dunque dire col nostro articolo che non vi è vendita; noi ci troviamo in una ipotesi differente da quella da lui prevista, giacchè non siete voi, compratore, che avete l'incarico di fare l' assaggio.

Pardessus ammette questa opinione (2), ma non ne assegna la ragione, ed anzi in qualche parte la falsifica, insinuando che è d' uopo motivarla unicamente sulla buona fede che deve presiedere alle operazioni commerciali, e che costringe ad allontanarsi dal principio fissato nell' art. 1587. Io credo di aver dimostrato, che la dottrina per me esposta ha ferma base in alcune regole generali certissime, ed agevolmente applicabili al dritto civile, ed al dritto commerciale; se non che nel commercio sono esse di un uso più frequente, perchè d' ordinario le speculazioni sugli olii. i vini, ed acquavite, hanno per oggetto una qualità mercatabile da verificarsi per mezzo di periti.

2. Si può eziandio citare, siccome caso al quale il nostro articolo è inapplicabile, quello nel quale si tratta di porre in essere la conformità del vino venduto e spedito, con le mostre rimesse al compratore, perchè tale verificazione dev' esser fatta da dei periti.

Un mercante di vino del mezzogiorno mi spedisce. dietro mia richiesta, dieci botti vino di Lunelle, e con-

(1) Vedi per esempio, sul modo di fare assaggiare l' acquavite nel mezzogiorno, una decisione di Monpellieri, del 10 Luglio 1829. (Dalloz) « Che infatti « i signori Gayrel avrebbero proceduto secondo gli usi « generalmente osservati dal commercio di Cette, col « mezzo intermedio dei commissarii di campagna, i « quali descrivono i limiti tracciati dai commissarii- « negozianti, trattano con i fabbricanti, e gli con- « ducono, con le botti di spirito delle quali si con- « tratta la vendita, innanzi il magazzino del negoziante « incaricato delle commissione. per essere sottoposte « alla verificazione della qualità dei detti spiriti, fatta « da un inspettore e un saggiatore giurato, il quale le « dichiara per buona mercanzia, essendo tali, o ne « accenna i difetti; ed una volta le botti riconosciute « per buone, il contratto è definitivamente concluso, « ed il compratore non può ricusare di riceverlo. »

(2) N. 293.

segna al vetturale le mostre del vino (1). Innanzi l'assaggio, dal quale soltanto potrò risultare se vi è conformità tra il vino della mostra, e quello delle botti, e se la qualità dell'uno e dell'altro è buona, non potrò dire, che non esiste vendita, nè potrò rinunziare al contratto. Se ricuso di persistere in esso, il mio venditore potrà dimandare l'assaggio per mezzo di periti, soli destinati a farlo, e costringermi a ricevere la cosa, se l'assaggio prova che esiste conformità tra i vini delle botti e le mostre. Mi sarà solamente permesso dire, che la vendita non è perfetta rapporto ai risici, e che innanzi l'evento della condizione, la proprietà non è trasferita. Si deve dunque disapprovare un motivo che si trova in una decisione proferita dalla corte di Metz, che in un caso simile a quello da me configurato, credette dover tenere l'art. 1586, come regola della materia (2). Questa corte s'ingannò dicendo, che non esisteva vendita innanzi l'assaggio. Quest'errore però è di poca importanza, perchè si trattava di giudicare una quistione di risico, la di cui soluzione dipendeva dai principii generali intorno alle condizioni, e non dall'art. 1586, quistione, che dietro le circostanze di fatto della causa, fu decisa contro il venditore.

3° Il commesso viaggiatore di una casa di Bordeaux mi propone dei vini di Médoc, ed io lo incarico di spedirmene 300 bottiglie di prima qualità. Si deve anche qui decidere, che il mio gusto individuale non è la regola della convenzione, perchè se il vino che mi viene spedito è di prima qualità, non è in facoltà mia di trovarlo cattivo; e se io nego che sia di prima qualità, i soli periti ne decideranno. Fin dall'istante in cui abbiamo determinato la qualità che il vino doveva avere, mi sono chiuso ogni via di ricorso inappellabile al mio gusto personale, perchè tal qualità avendo qualcosa di positivo, non può dipendere dagli arbitrarii capricci del senso del compratore.

4° Avviene lo stesso quando trattando da Nancy con una casa di Bordeaux, le commetto spedirmi 200 bottiglie di Saint-Emilion, a 2 fr. per bottiglia. Se i periti incaricati dell'assaggio, decidono che il vino speditomi è di qualità buona e mercatabile, e che vale il prezzo stabilito, non potrò ricusarlo sotto pretesto che non lo trovo buono. Fino dal momento nel quale io stesso ho chiesta la spedizione del vino, ho evidentemente rinunziato a sottoporre chi lo spedisce alle decisioni arbitrarie della mia volontà; ho inteso di obbligarmi verso di lui; ed è stato tacitamente, ma necessariamente convenuto, che io riceverei la mercanzia, se fosse di qualità mercatabile (3).

Sarà facile arguire da questi esempii, quali sieno i casi nei quali l'art. 1585 debba ricevere la sua piena ed intera applicazione. Il più delle volte, l'uso, e la natura delle cose non permettono che il compratore rimanga giudice assoluto della qualità della cosa venduta. In generale non si può ammettere, che le parti si sieno rimesse alla sola valutazione del compratore, fuorchè quando si tratta di contratti fatti per la individuale consumazione, e quando la mercanzia si trova sulla faccia del luogo.

(1) Questa precauzione si prende pel consueto, onde impedire che il vetturale non deteriori il vino.

(2) Decisione del 20 Agosto 1827, (Sirey, 1827, 2, 179).

(3) Ved. *infra*, n. 101.

101. Torniamo ora alla quistione che poco fà io accennava, e che consiste nel sapere sopra chi ricadono i risici in una vendita di cose, delle quali si costuma fare l' assaggio.

Allorchè le parti si sono rimesse al gusto privato del compratore, non può sorgere ombra di dubbio (1). Imperciocchè non essenduvi vendita, la proprietà non è trasferita, e il venditore in conseguenza sopporta la perdita che succede innanzi che il compratore abbia dato la sua approvazione.

Ma accade forse lo stesso, quando il gusto che la mercanzia deve soddisfare, è un gusto discreto e commune, e gli arbitri sono definitivamente giudici della qualità della cosa venduta?

L' affermativa mi sembra certa. Infatti quando il compratore ha inteso, contrattando, che la compra non sarebbe consumata finchè un terzo non avesse pronunziato sulla qualità della mercanzia, la vendita è condizionale, e secondo il principio scritto nell'art. 1182 del codice civile, la perdita ricade sul venditore *pendente conditione*. Finchè l'assaggio non ha avutu luogo, non si può presumere che il compratore abbia voluto accollarsi il risico di una cosa, la proprietà della quale non è peranche passata in lui, e della quale è tuttora incecto se diverrà proprietario (2).

Contuttociò, se apparisse dalle circostanze che l'assaggio non è una condizione sospensiva della vendita, ma soltanto un mezzo di stabilire che non è accaduto errore sostanziale sulla qualità della cosa (3), la perdita ricadrebbe sul compratore, purchè però fosse provato, che la cosa era della qualità convenuta. Quindi, per cagione di esempio, se io ricevo la consegna a Bordeaux di tanto vino di Médoc di prima qualità, che non ho assaggiato, per la fiducia che ho avuta nel venditore, se trasportandolo a Nancy, per la strada se ne perde una parte, è chiaro che non avrò alcun ricorso contro chi me l'ha venduto. Per dire il vero, potrò fare assaporare questo vino da dei periti, onde sapere se vi è stato errore, e qualora la qualità fosse inferiore, avrò dritto di rilasciare tutto il subietto della contrattazione a carico del venditore. Sarebbe questa l' applicazione dei principii riprodotti superiormente sull'errore sostanziale in materia di vendita (4); ma se il vino fosse della qualità convenuta, la perdita ricadrebbe sopra di me, perchè col ricevere la consegna, si presume che io abbia rinunziato all' assaggio, come convenzione sospensiva. Ho eseguito la vendita, l' ho condotta a fine, ho voluto che il venditore mettesse la cosa a mia disposizione, e da quel punto l' ho svincolato dal disposto dell'art. 1182 del codice civile (5).

Poichè all'infuori di particolari cir-

(1) *Supra*, n. 100. L. 4, § 1, Dig. *De peric. et com. rei vend.* Voet, *De peric. et com.*, n. 3. Pothier, n. 311, Despeisses, t. 1, p. 39, n. 30, col. 1.

(2) Ved. la decisione di Metz del 20 Agosto 1827. (Sirey. 1827, 2, 179).

(3) *Supra*, n. 13.

(4) *Loc. cit.*

(5) Se il vino perisse intieramente in viaggio per caso fortuito, il compratore sarebbe autorizzato a dire, che la perdita essendo avvenuta innanzi la verificazione, debba restare a carico del compratore? Pardessus, n. 283, decide che la presunzione sarebbe, che la mercanzia avesse la qualità convenuta, e che perciò la perdita dovesse gravare sul compratore. Duvergier, n. 106, crede egli pure che sia questa l'opinione da adottarsi: la verificazione, è vero che non può farsi altrimenti, ma la presunzione che il venditore abbia lealmente eseguito la sua obbligazione vi supplisce, e ne fa le veci sino a prova contraria.

costanze, siccome il pericolo grava sulla persona del venditore, ne segue che questi ha interesse che l'assaggio abbia luogo al più presto possibile.

Se non è stato fissato un termine per l'assaggio, il venditore, ad oggetto di costituire il compratore *in mora*, può fargli una intimazione diretta a significargli, che l'assaggio debba farsi in un dato giorno, che altrimenti il contratto debba venire eseguito puramente, e semplicemente (1), presumendosi che il compratore, mediante il suo silenzio, approvi la mercanzia; ovvero che il venditore sarà libero da ogni obbligazione, e in facoltà di vendere ad altri la cosa (2).

Se un termine è stato fissato, ed il compratore per colpa sua non ha effettuato l'assaggio, il venditore è sciolto da ogni obbligazione verso il compratore (3). Del resto però non si deve seguire l'opinione di alcuni giureconsulti, i quali hanno creduto, che se il compratore manca di fare l'assaggio dentro il tempo stabilito, il pericolo vada a carico di lui. Come mai potrebbe il compratore essere responsabile del risico, se non vi è stata vendita perfetta (4)?

102. Anche quando l'assaggio debba farsi dal solo compratore (caso nel quale il nostro articolo dichiara, che non vi è vendita finchè il compratore non ha fatto conoscere la sua approvazione), non si deve credere che la vendita sia tanto imperfetta che il venditore possa disdirsene finchè non vi è stato assaggio e adesione del compratore. A riguardo solo di quest'ultimo, la vendita non genera ancosa un vero legame di dritto (5). Ma il venditore si è obbligato a consegnare la cosa nel caso che fosse approvata: egli dunque deve osservare la sua promessa. Vi è obbligazione rapporto a lui, e potrà venir costretto ad adempirla (6).

Si potrà obiettare la legge 13. cod. *De cont. empt.*, la quale dispone così: « In vendentis *vel ementis voluntatem* « collata conditione comparandi.... « obligatio nulla est; id circo *dominus* « *invitus ex hujusmodi conventione* « *rem propriam... distrahere non com-* « *pellitur.* »

Ma questa legge può benissimo conciliarsi con la nostra dottrina. Essa si riferisce al caso, in cui la vendita dipendesse dal puro arbitrio del compratore, la volontà del quale non avrebbe nè regola nè limite, e potrebbe lasciare sempre sospesa la perfezione della vendita (7). Tale sarebbe per esempio, il caso di una vendita concepita in questi termini: « Vi ven- « do la mia casa, se voi volete (8). » È evidente che tal convenzione nulla avrebbe di serio, e non differirebbe minimamente da una semplice trattativa.

Ma nel nostro caso, il venditore ha voluto obbligarsi, qualora la sua mercanzia soddisfacesse il gusto del compratore; ha voluto concludere un vero contratto, ed ha posto la cosa a disposizione del compratore, perchè

(1) Ved. anche Duranton, t. 9, n. 94. Ed. Tarlier.

(2) *Infra*, n. 117.

(3) L. 1, § ult., *De peric. et com. rei vend.*, l. 4, § ult., id. Voet sopra questo tit., n. 3.

(4) Voet, *loc. cit.* Arg. dall' art. 1657 del cod. civ.

(5) Pothier, e gli altri scrittori, parlano sempre in questo senso dell' imperfezione della vendita.

(6) Duearroy, *Inst. expl.*, n. 1042. Arg. dalla l. 4, *De peric. et com. rei vend.*, *Supra*, n. 97.

(7) Cujac., *Recit. solem.*, sulla leg. 7, Dig. *De cont. empt.*: « Prohibetur enim emptio conferri in arbitrium « contrahentis, *quia obligatio semper penderet.* »

(8) L. 7, Dig. *De cont. empt.*

ne faccia l' assaggio; può dunque costituirlo *in mora* di pronunziarsi, e costringerlo a prendere un partito. Dal canto suo il compratore ha manifestato la volontà di comprare, in caso che la mercanzia gli piaccia; non è come nella condizione *se voi volete*, la quale lascia tutto nell' incertezza, ed il bisogno della cosa, e la possibilità di comprarla per mancanza di danaro, e la convenienza del compratore: qui il compratore dichiara di aver bisogno della cosa, di essere in grado di comprarla, e di convenirgli il prezzo. Una sola circostanza rimane sospesa, cioè la qualità che si tratta di verificare. È evidente che in questo secondo caso la volontà del compratore è circonscritta da maggiori limiti che nel primo, che la vendita è, se non completa, almeno molto avanzata, e che perciò, essendovi un contratto effettivo, il venditore deve mantenere quanto ha promesso.

103. La prova dell' assaggio, importantissima come si vede, per regolare gli effetti della vendita, dipende dalle circostanze.

Si può ordinariamente supporre che essa abbia avuto luogo, quando il compratore ha ricevuto la consegna, perchè non ha potuto ricevere la cosa per altro motivo che per averla approvata: e se l' ha approvata, ciò dimostra che l' ha precedentemente assaggiata, o che ha rinunziato all' assaggio (1).

Compro al negozio di un mercante di vino, cinquanta bottiglie di vino di Bar, sigillate, e le mando a prendere nella giornata. Ma avendone assaporate alcune, le trovo di cattiva qualità, e voglio che il mercante le riprenda. La mia pretensione non sarà giusta; perocchè debbo imputare a me medesimo di aver concluso il contratto senza precedente assaggio, e di averlo perfezionato ed eseguito, senza prendere le mie precauzioni. Coll' accettare la tradizione, ho sufficientemente dichiarato di approvare la mercanzia, tale quale mi era stata presentata, e di aver voluto comprare *per aversionem*.

Si domanda a questo proposito, se quando il compratore ha marcato colla sua cifra le botti contenenti il vino venduto, si debba presumere che lo abbia assaggiato ed approvato.

Tale quistione fu esaminata da Caronda nei termini seguenti:

« Un mercante compra alcune botti di vino, mediante un certo prezzo per ogni botte, ne dà caparra, « e marca le dette botti. Qualche tempo dopo assapora il vino di dette « botti, lo trova guasto, e non le « vuol prendere. Il venditore sostiene che le ha comprate, e le ha contrassegnate come sue, e che perciò « egli compratore deve soffrirne la deteriorazione. Il compratore allega « tutte le ragioni del dritto Romano, « che non è tenuto del pericolo *ante* « *degustationem et mensuram*, etc.

« Io dissi, che il vino che si trova nelle botti, non si vende in Francia, come in Roma, *in doliis ut undevinum effundatur, sed videtur potius aversione vendi*, TALMENTE CHE « SI DEVE RAGIONEVOLMENTE PRESUMERE CHE IL COMPRATORE HA ASSAGGIATO I DETTI VINI, E NE È STATO CONTENTO, tostochè gli ha marcati. *Vinum in specie emit.*

« Professa questa opinione anche « Paolo De Castro, *In L.* 2, cod. *De* « *peric. et commod.*, con diversi altri-

(1) *Supra*, n. 101.

« dottori, e questa è la più probabile « secondo la pratica di Francia, per- « chè non vi si vende il vino a misu- « ra, ma a botti. Così fu giudicato « contro il compratore, con decisio- « ne dell' 11 Maggio 1548 (1). »

Vi sono due punti litigiosi in codesto caso giudicato dal parlamento di Parigi, cioè: 1° Se la vendita era stata fatta in massa o a misura. 2° Se la condizione dell' assaggio si doveva reputare adempita, per avere il compratore contrassegnate le botti come sue.

Rapporto alla prima quistione, non potrei associarmi all' opinione di Caronda, il quale come si vede qui, e come l' abbiamo veduto disopra, era molto inclinato a scorgere delle vendite *per aversionem*, là dove non vi era che vendita a misura (2). È certo che una vendita di tante botti di vino a tanto per botte, è una vendita la perfezione della quale dipende dalla misurazione.

Riguardo alla seconda quistione, che è affatto indipendente da questa, io mi associo all' opinione di Caronda, ed alla decisione del parlamento di Parigi. Non si può supporre che il compratore avesse marcato le botti, oggetto del contratto, se non se ne fosse considerato propriotario, e se in conseguenza non avesse assaggiato i vini che desse conteneavano

So bene che Ulpiano nella legge 1, § 2, Dig. *De cont. empt.*, pensa che il segno posto dal compratore alle botti non sia indizio sufficiente della tradizione della cosa (3), e che si unisce a Labeo per combattere il giureconsulto Trebazio, il quale vi vedeva una prova della perfezione della vendita. Cujacio (4), sull' appoggio di questa legge, stabilisce che il segno apposto sopra i vasi del vino non fa supporre l' assaggio. Ma vi sono molte cose a dedurre contro questa dottrina di Ulpiano, ed io darei la preferenza a quella di Trebazio (5). Ulpiano crede di dare una soddisfaciente spiegazione col dire, che il compratore non ha tanto pensato a prendere la consegna, quanto a cautelarsi contro la sostituzione di una botte ad un' altra. Ma non si può forse dire che l' interesse del compratore a prevenire un cambio clandestino della cosa, deriva precisamente dall' avere egli assaggiato il liquido, e dall'averlo trovato quale lo desidera, e dal considerarlo come suo? Avrebbe egli preso una simile precauzione, per delle botti di cui non avesse, per mezzo di precedente assaporamento, verificato il contenuto (6)?

Io persisto in questa opinione con una fiducia di tanto maggiore, in quantochè nella leg. 14, § 1, Dig. *De peric. et com. rei venditæ*, il giureconsulto Paolo, considera come prova di tradizione e di consumazione della vendita, la marca che il compratore appone sopra delle travi (*trabes*) che gli sono state vendute. Non si ha una medesima ragione di giudicare? I giureconsulti i quali non vogliono scorgere antinomie nel *Corpus juris*, hanno preteso di conciliare la legge 1, § 2, con la legge 14, § 1, dicendo che in

(1) L. 7, c. 77, p. 222.

(2) Ved. *supra*, n. 90.

(3) Pothier, Pand., t. 1, p. 512, n. 18. Voet, *De peric. et com. rei vend.*, n. 3.

(4) Sulla legge 74, Dig. *De cont. empt.* Nella definizioni di Papiniano, t. 4, p. 1278, sol. 2.

(5) Anche Brunemanno crede che la marca apposta dal compratore sia un segno di tradizione. (Sulla legge finale, Dig. *De peric. et com.*, n. 62).

(6) Duranton amette la stessa opinione, ma senza discuterla, e senza annoverare la difficoltà che la circondano, t. 9, n. 96, p. 6., Ediz. Tarbier.

quest' ultima legge si tratta di cose difficili a traslocarsi, ed il contrassegno delle quali sarebbe inutile per ogni altro rapporto che quello della presa di possesso, mentre che nella seconda si tratta di oggetti, la traslocazione dei quali è facile (1). Ma io non so se questa spiegazione sia molto soddisfaciente, perchè i vasi del vino che i Romani chiamavano *dolia*, erano grandissimi, e penetravano anche sotterra, come ne attesta Plinio il maggiore (2).

Di più, l'opinione che io propongo, trova un solido appoggio nell' art. 142 del nuovo statuto d'Auxerre. « E dopo che il vino venduto in « presenza del mercante e del sensale, « sarà stato bene e debitamente chiu- « so nelle botti, il venditore non sarà « in seguito tenuto a sostituirne al- « tro . . . . . . DOPO CHE SARA' STATO « MARCATO, ma *fin da quel punto sa- « rà a carico e risico del mercante* « compratore, nella supposizione che « si trovi ancora nella cantina, ed in « possesso del venditore. » Da questo testo risulta, che negli usi dei mercanti di vino Francesi, la marca è un segno di tradizione, di presa di possesso, la quale non viene apposta se non che a vendita consumata. Ora non si prende tradizione di una cosa altro che approvandola, e l'approvazione fa supporre l'assaggio, o se così si vuole, la rinunzia all'assaggio. Per distruggere questa presunzione tanto grave e verisimile, occorrerebbero delle particolari circostanze, la valutazione delle quali è rimessa alla sagacità dei magistrati.

104. Quando l'assaggio non deve farsi dai periti, ed il compratore dichiara di non approvare la cosa, non è tenuto a render conto del suo rifiuto (3). *Improbare liceat*, dice Paolo nella l. 34, § 5, Dig. *De cont. empt.*, e il nostro articolo non fa in alcun modo intendere che si debba criticare la sua disapprovazione. Si potrà obiettare che questa decisione è contraria alla legge 22, § 1, Dig. *De regulis juris*, la quale così dispone: « ubicum- « que, in bonæ fidei judiciis, confer- « tur in arbitrium domini, vel procu- « ratoris ejus, conditio, *pro boni viri « arbitrio hoc habendum esse* (4). » Ma si deve notare che nella vendita con assaggio del compratore, la convenienza di questo, unica cosa che si consulti, si regola sul di lui gusto, che non è suscettibile di controversia possibile. In qual modo potrebbe il venditore provare che il compratore ha, o no, avuto giusto motivo di ricusare? Il gusto di un individuo, relativamente a cose che servono di alimento, può essere egli subietto di critica e di censura?

(1) Pothier, Pand., sulla leg. 14, § 1.

(2) Lib. XIV, c. 27.

(3) Connanus, lib. VII, c. 10, p. 130, col. 2, si spiega così: *Cum liceret ei illam rejicere et emptionem inchoatam potius quam factam abrumpere.* (Delvincourt, t. 7, p. 34, note).

(4) Ved. anche la leg. 7, Dig. *De cont. empt.*

ARTICOLO 1588.

La vendita col patto di preventivo assaggio, si presume sempre fatta sotto condizione sospensiva.

SOMMARIO.

105. Della vendita a prova. La condizione della prova dev' essere espressa; dessa non si presume.

106. Nel dritto Romano, la vendita a prova era fatta talvolta con condizione resolutiva, tal altra con condizione sospensiva, secondo i casi.

107. Contuttociò Pothier, generalizzando un caso particolare previsto da Ulpiano, fece divenire massima giurisprudenziale che la vendita con condizione di prova si presumeva sempre resolubile. Quest' errore indusse i compilatori del codice civile in un errore contrario. Essi hanno stabilito nell'articolo 1587 una presunzione necessaria. Tutto dovrebbe dipendere dalla convenzione.

108. Nella vendita condizionale a prova, il venditore è obbligato. Ma il compratore non è soggetto ad alcun vincolo di dritto. Cattiva redazione dell'art. 1587. Sua apparente antinomia con l' art. 1586. Conciliazione.

109. Quando vi è termine stabilito per fare la prova, il compratore non deve oltrepassarlo. Conseguenze della sua mancanza di approvazione. *Quid*, in materia commerciale? *Quid*, se non vi è termine stabilito?

110. Il compratore deve fare lealmente uso della cosa consegnatagli per fare la prova. Non deve trarne alcun partito. Senza di che si reputerebbe che approvasse l' oggetto venduto.

111. Durante il tempo della prova, il compratore non è responsabile della forza maggiore. Ma deve custodire la cosa da buon padre di famiglia.

112. La facoltà di approvare la cosa non è personale. Dissenso con Voet.

113. L' approvazione del compratore, non dà alla vendita un effetto retroattivo. La ragione ne è, che per l' innanzi, la vendita riguardo a lui non esisteva. Applicazione di questo principio al caso di fallimento.

COMENTO.

105. Il nostro articolo si occupa della vendita a prova, che ha un gran rapporto con la vendita con assaggio.

Vi sono cose che non ci decidiamo a comprare, se non dopo averle provate; per esempio un cavallo (1), un orologio da tavola o da tasca (2), una macchina, etc. La condizione della prova dev'essere espressa ed emergere dal testo medesimo della convenzione, nè si può sottintendere di dritto.

106. Nel dritto Romano si ricorreva ai termini dei quali si erano servite le parti, per sapere se la condizione di prova fosse sospensiva, o resolutiva (3). Quindi, per esempio, in una vendita concepita in queste parole: « Vi vendo il mio cavallo, a condizio« ne che se non ne siete contento la « vendita dovrà considerarsi come non « avvenuta, » si ravvisava una vendita sottoposta a condizione resolutiva. « *Si res ita* distracta sit ut, si displi« cuisset, *inempta esset*, constat non « esse sub conditione distractam, sed « resolvi emptionem sub conditio« ne (4). » Infatti la parola *inempta* implicava l' esistenza di una vendita, e la sua ulteriore distruzione.

Accadeva lo stesso in una vendita che contenesse la seguente stipulazione: « Si quid ita vænierit, ut « nisi placuerit, intra præfinitum tem« pus, redhibeatur (5). » Perchè non si dava azione redibitoria, se non vi era vendita consumata.

(1) L. 20, § 1, *De præscript. verbis.*

(2) Pothier, *Vente*, n. 265. Ediz. Tarlier.

(3) Cujac., sulla l. 3, Dig. *De cont. empt.*

(4) Ulpiano, l. 3, Dig. *De cont. empt.* Diocl. e Massim., l. 4, C. *De ædilit. edicto.*

(5) L. 31, § 22, Dig. *De ædilit. edict.*

Al contrario era una vendita condizionale un contratto così concepito: « Si Stichus intra certam diem tibi « placuerit, erit tibi emptus aureis « tot (1). » I termini indicavano una condizione sospensiva del contratto.

Queste specie di vendite a prova (✠) erano frequenti presso i Romani come presso di noi (2). Ma si vede chiaramente, dalla circospezione dei Romani giureconsulti nel decidere se erano soltanto condizionali, ovvero resolubili (3), che nel loro concetto tutto dipendeva dai termini della convenzione, e che non avevano giammai pensato a volere attribuire di pieno dritto alla condizione di prova, un effetto piuttosto resolutivo che sospensivo, ovvero piuttosto sospensivo che resolutivo.

107. Ma è avvenuto che Pothier, nonostante la sua profonda cognizione delle leggi Romane, ha male intesa la decisione di Ulpiano, contenuta nella legge 3, al Dig., *De cont. empt.*, e che generalizzando un'opinione determinata nello scrittore Romano dalle espressioni speciali della stipulazione che doveva giudicare, ha creduto che nel dritto delle Pandette, tutte le vendite a prova si reputassero contenere una condizione resolutiva, e non una condizione sospensiva (4).

I redattori del codice civile trovarono stabilito questo pregiudizio dalla grande autorità di Pothier. Senza esaminarne l'origine, essi rimarcarono soltanto quanto esclusivo e quanto forzato sarebbe il resultato al quale si giungerebbe. Ma per combattere una esagerazione, caddero in una esagerazione opposta. Credendo che fosse di assoluta necessità, che una presunzione legale dominasse la vendita fatta a prova, ne crearono una anch' essi, e sostituirono alla condizione presunta resolutiva di Pothier, una condizione presunta sospensiva. Meglio sarebbe stato di porre dall'uno dei lati tutti i giudizii *a priori*, d'imitare i giureconsulti Romani nella loro savia riserva, e di lasciare neutra la legge intorno ad una materia che dovrebbe unicamente dipendere dalla convenzione delle parti. Del rimanente però, siccome fu ammesso, nella circostanza della redazione del nostro articolo, che vi si poteva derogare mediante stipulazione (5), il magistrato avrà tutta la latitudine per interrogare l'intenzione dei contraenti, e per regolare sopra di essa l'interpetrazione della convenzione (6).

108. Nella vendita fatta con la condizione sospensiva di prova (questo

(1) *Inst.*, § 4, *De empt. vend.*

(✠) Nella traduzione officiale italiana degli articoli 1587 e 1588 del codice civile, si è indistintamente adoperata la parola *assaggio*, per designare tanto la vendita *avec dégustation*, quanto la vendita *à l'essai*. Se in questa parte della mia versione, avessi voluto fedelmente conservare i vocaboli adoprati nel codice del regno Italico, non mi sarebbe stato possibile l' evitare una confusione d' idee, laddove l'autore istituisce un parallelo tra le vendite *avec dégustation*, e quelle *à l'essai*. Quindi è, che per sottrarmi a questo inconveniente, ho creduto opportuno di sostituire alla parola *assaggio*, il termine *prova*, che d' altronde esattamente corrisponde al vocabolo Francese *essai*.

(*Nota del Traduttore.*)

(2) L. 20, e § 1. 2. L. 17. D. *De præscript. verbis.* L. 13, § 1, Dig. *Commod.*

(3) Ved. per esempio, la l. 20, § 1, D. *De ædil. edict.*

(4) Pothier, *Vente*, n. 266. Delvincourt è caduto nel medesimo errore, t. 7, pag. 93. Dalloz dice (V *Vente*, n. 30, t. 28, p. 59), che Pothier, insieme all' antica giurisprudenza, riteneva la vendita fatta a prova, come vendita con condizione sospensiva. Come si vede, è tutto il contrario.

(5) Discuss. au Trib. (Locré, t. 7, p. 62, Ed. Ter.)

(6) Pardessus adotta questo sistema: ma ha il torto di crederlo limitato esclusivamente alle materie commerciali, n. 294, Ediz. Tarlier.

caso è il più frequente), il venditore è obbligato condizionalmente verso il compratore. È tenuto di adempiere le sue promesse, se quest' ultimo approva la cosa. Al contrario, il compratore resta libero di prendere o non prendere per il prezzo convenuto l'oggetto che ha contrattato (1). Non si può dire che esista a suo riguardo un vero legame di dritto, mentre è padrone di liberarsi, dichiarando che la cosa non gli conviene.

Non esiste dunque un contratto di vendita perfetto, in una vendita fatta sotto condizione sospensiva di prova. Dovremmo qui riferire le osservazioni che abbiamo fatte sulla vendita con assaggio del compratore (2), perchè non riscontriamo una differenza tra l' una e l' altra.

A giudicarne però dai termini del nostro articolo, si potrebbe credere, a prima vista, che vi fosse una diversità, perchè quando il legislatore tratta della vendita con assaggio nell'art. 1586, dice, che *non vi è contratto di vendita*, finchè il compratore non ha dato la sua approvazione; disposizione oltremodo assoluta, che non permette dire che vi sia contratto di vendita sotto condizione (3). Al contrario occupandosi nell'art. 1587 della vendita a prova, pronunzia la parola di *vendita*, qualifica un tal contratto di contratto di *vendita*, e dice che è una vendita fatta sotto condizione sospensiva.

Sarebbe dunque vero, che non si avesse un contratto di vendita nella vendita con assaggio del compratore, innanzi l' assaggio e l' approvazione del compratore, e che si avesse un contratto di vendita nel contratto con condizione sospensiva di prova innanzi l' approvazione del compratore?

Nò, senza dubbio. Non vi è neppure una vera vendita condizionale, perchè in un contratto con condizione sospensiva, le due parti non possono liberarsi (4); invece che qui il compratore può recedere dal contratto, adducendo che la cosa non gli piace. Il legislatore avrebbe invano adoprato tutta la sua autorità : non gli sarebbe stato mai possibile di stabilire una distinzione ragionevole tra la vendita con assaggio, e la vendita con condizione sospensiva di prova. La prova e l' assaggio sono due condizioni del medesimo genere, aventi il medesimo scopo, e il medesimo effetto.

Ma affrettiamoci a dire, che il legislatore non ha voluto creare una distinzione, che sarebbe una decisa antinomia tra l' art. 1586 e l' art. 1587. Egli non ha avuto altro in mira, che di condannare l' opinione di Pothier, il quale ravvisava nella vendita a prova, una vendita con condizione resolutiva. Questo è il motivo che l' ha costretto a parlare di condizione, ed a qualificare per sospensiva una modalità, che nell' antica giurisprudenza Francese si considerava come resolutiva. Solamente col formulare il suo pensiero, ha impiegato delle espressioni che lo rendono in qualche modo inesatto, e producono qualche oscurità intorno alla combinazione degli art. 1587 e 1586. In tal guisa adunque la condizione di prova sospende la vendita; la sospende non solo, perchè la proprietà rimane al venditore, ma ancora perchè il compratore non è irrevocabilmente obbligato. Perciò, si può concludere, che non vi è ve-

(1) Ducaurroy, sulle Inst., n. 1042, Ediz. Tarlier.
(2) Ved. *supra*, n. 97, 102, 104.
(3) Ved. *supra*, n. 97.
(4) Ved. *supra*, n. 54, 55.

ra e perfetta vendita, che il contratto è claudicante, e che regna una intiera conformità tra il significato dell'art. 1586, e quello dell'art. 1587 (1).

109. Quando il termine necessario a fare la prova è precisato nella convenzione, il compratore non deve oltrepassarlo. Se lo lascia decorrere, siccome la condizione sospensiva manca di essere verificata, il contratto si annulla (2). Il compratore non potrebbe farsi riabilitare, perchè è massima indubitata, che *conditio semel defecta non restauratur*; ed è da notarsi che la decadenza del compratore si opererebbe di pieno dritto. Tale è la disposizione dell' articolo 1176 del codice civile.

Se la condizione di prova fosse resolutiva, l' art. 1176 condurrebbe al medesimo resultato (3); perchè quest' articolo è generale, e si applica a tutte le condizioni. Il compratore sarebbe dunque decaduto, e la vendita addiverrebbe pura e semplice.

In materia di commercio, colui che lascia scorrere il tempo fissato nella convenzione, senza far conoscere il suo sentimento sulla cosa che ha preso a prova innanzi di farne la compra, è ordinariamente condannato a ritenerla, o a titolo di danni ed interessi, o per effetto della presunzione che l'abbia approvata (4). Perchè nel commercio l'interesse dominante è la circolazione della mercanzia, la quale non deve mai rientrare nei magazzini del venditore, senza gravi motivi, perchè ne risulta per lui un gran detrimento. Le presunzioni si volgono dunque a sostenere il mantenimento del contratto, piuttostochè a dissolverlo.

Quando la convenzione non stabilisce alcun termine per la prova, si deve distinguere, se sia condizionale, o resolubile.

In quest'ultimo caso, il dritto Romano fissava a 60 giorni lo spazio di tempo durante il quale il compratore poteva chiedere lo scioglimento del contratto (5), a meno che le parti avessero convenuto *ut in perpetuum redhibitio fiat* (6), il che era lecito, per la ragione che lo scioglimento di un contratto può rimanere indefinitamente sospeso. Tra di noi questo tempo è rilasciato all'arbitrio del giudice. Deve però esser breve (7).

Nel caso in cui il contratto è condizionale, si potrà secondo le circostanze, o decidere che il compratore ha approvato, col suo prolungato silenzio, la cosa che gli fu data a prova, o costringerlo col ministero del giudice a pronunziarsi in un breve spazio di tempo.

110. Il compratore deve fare un uso retto della cosa datagli a prova. Non se ne deve servire per usi straordinarii. Per esempio, se vi do a prova un cavallo che dovete comprare, non potrete impiegarlo alle corse pubbliche (8), nè darlo a nolo, nè trarne alcun profitto. Perchè non è permesso ad alcuno di servirsi in vista di lucro della cosa venduta, se

(1) V. Pothier, *Vente*, n. 267, *in fine*. Egli non considera come perfetta la vendita fatta con condiziona sospensiva di prova. Dice di più, « *che non vi è* « *ancora vendita.* » Duranton dice egualmente che la condizione di prova è *puramente potestativa* dal canto del compratore. (T. 9, n. 69, p. 34, Ed. Tarlier).

(2) Ved. *supra*, n. 58.

(3) Pothier insegna la stessa dottrina. *Vente*, n. 265.

(4) Pardessus, n. 291.

(5) Leg. 31, § 22, Dig. *De ædil. edict.* Pothier, *Vente*, n. 266.

(6) L. 31, § 22, Dig. *De ædil. edict.*, Ulpiano.

(7) Pothier, id. Arg. dell'art. 1648. Perchè trattasi qui di una redibizione convenzionale (Pothier, Pand., t. 1, p. 91).

(8) L. 20, § 1, Dig. *De præscript. verbis.*

non che quando ne sopporta il risico. « Neque enim ante eam rem quæstui « cuique esse oportet, prius quam pe- « riculo ejus sit (1). » Servendosene come di cosa propria, il compratore farebbe presumere che l' ha approvata, e che la vendita è consumata.

111. Durante il tempo della prova, il compratore non è responsabile della forza maggiore *(vis ignis aut alia vis major)* (2). Ma deve invigilare sulla cosa da buon padre di famiglia (3). « Si cui inspiciendum dedi sive ipsius « causa, sive utriusque, et dolum et « culpam mihi præstandum esse dico, « propter utilitatem; periculum, non: « si vero mei duntaxat causa datum « est, dolum solum, quia prope de- « positum hoc accedet (4). »

112. La facoltà di approvare la cosa data a prova, è personale soltanto, di guisa che non passa negli eredi del compratore?

Voët risponde affermativamente a siffatta quistione: « Videturque arbi- « trium illud declarandi voluntatem « personale esse, ideoque morte ejus, « qui velle debebat, evanescere, nec « ad hæredem emptoris transmetti, « qui proinde nec perfectam venditio- « nem suæ voluntatis declaratione in- « firmare, nec imperfectæ et ex con- « ditione suspensæ perfectionem pe- « tere aut eam suæ voluntatis signifi- « catione perficere potest (5). »

Ma io opino, che questa decisione non debba essere adottata. In un contratto a prova, niente dimostra che sia stato inteso che l' approvazione sarebbe un dritto limitato alla persona del compratore. Sembrami più conforme alla natura delle cose il dire che l' erede dell' acquirente può profittare del contratto.

Voët si basa sopra dei testi, che mi sembrano poco concludenti.

Le leggi 65, § 1, Dig. *De legat.*, 1. e 69, Dig. *De cond. et demonst.*, parlano solamente del caso in cui il testatore ha donato una cosa ad un tale, se la vuole. Si comprende che debba accadere così in materia di disposizioni a titolo gratuito, perchè si può facilmente supporre che chi dona ha avuto in vista la sola persona del legatario; ma una tal presunzione sarebbe a senso mio affatto forzata, se si volesse applicarla ad un contratto nel quale lo scopo del venditore non è stato di rendere un servigio, non di procacciare un vantaggio personale, ma di disfarsi della sua cosa senza contemplazione di persona, e poco importandogli a profitto di chi.

La legge 4, al Dig. *locati*, ancor essa citata da Voët, non mi pare più decisiva. In questo testo, Pomponio suppone che sia stata fatta una locazione con questa insolita condizione, *che durerà finchè piacerà al conduttore*, e decide, che alla morte di quest'ultimo, la locazione è sciolta. Nulla infatti più giusto che questa soluzione, perchè dal momento in cui il conduttore è morto, non ha più volontà per prolungare la locazione. La sua morte mette fine adunque necessariamente al contratto, e quindi il suo erede non può subentrare in suo luogo. Si comprende d' altronde, che il locatore non si sia deciso all'ammissione di una tal clausola, che in seguito della sua considerazione per la discre-

(1) Pompon., l. 13, § 1, *Commodati.*

(2) Ulp. l. 17, § 1, Dig. *De præscript. verbis.*

(3) Ulp. l. 20, § 2, e l. 17, § 4, Dig. *De præscript. verbis.*

(4) L. 17, § 2, Dig. *De præscript. verbis*, Voët, *De cont. empt.*, n. 26.

(5) *De cont. empt.*, n. 26.

tezza del conduttore, o per affetto verso di lui, o per rendergli un servigio, ma che egli non nutra tali sentimenti a riguardo del suo erede. Ora può dirsi che accada lo stesso, quando trattasi di una vendita a prova?

La morte, o il fallimento del compratore non impediranno dunque al suo erede, o a' suoi creditori, di approvare la cosa, e di esigere che la vendita produca il suo effetto.

113. È da osservarsi però che l'approvazione del compratore non dà alla vendita un effetto retroattivo al giorno in cui il venditore ha fatto le sue offerte. L' avvenimento della condizione sospensiva non retroagisce, se non che quando vi è legame da ambe le parti, e che la convenzione è scambievolmente obbligatoria. Ma quando non vi è obbligazione che dalla parte del venditore, e che il compratore resta in libertà di sciogliersi, non è lo stesso: non vi è vendita perfetta fuorchè quando il compratore ha dato il suo consenso, perchè prima la vendita non esisteva, e la verificazione della condizione non può operare che vi sia stato contratto in un' epoca nella quale non vi era consenso sinallagmatico (1).

Così Pietro, meccanico, tratta con Paolo negoziante la vendita di una macchina a vapore per tessere, a condizione che quest' ultimo ne farà la prova, e farà conoscere il suo sentimento dentro tre mesi.

Durante questo tempo, Paolo soggiace a fallimento: ma i di lui sindaci, credendo cosa utile per la massa il comprare questa macchina che funziona egregiamente, fanno conoscere a Pietro, che l'approvano. Non si deve credere che i sindaci potranno far sopportare una perdita sul prezzo al venditore, sotto pretesto che ha contrattato innanzi al fallimento. Pietro ha venduto alla massa; i sindaci sono quelli che dopo il fallimento sono venuti ad aggiungere il loro consenso a quello di Pietro, che fino allora era rimasto solo. Se dunque la massa vuole approfittare della cosa, deve pagarne l' intiero prezzo.

(1) Bisogna infatti combinare l'art. 1587 con l' art. 1588. Ved. *infra*, n. 123.

ARTICOLO 1589.

La promessa di vendere equivale alla vendita, quando esiste il consenso reciproco delle parti sulla cosa e sul prezzo.

SOMMARIO.

114. Pregiudizii che regnano intorno alle promesse di vendere. Necessità di rimontare al sistema degli antichi giureconsulti. Due specie di promesse di vendere. Le promesse unilaterali, e le promesse sinallagmatiche.

115. La prima specie di promessa, è la sola di cui Pothier si sia occupato. La promessa unilaterale, veniva considerata come obbligatoria. Ma divergenza sulla estensione di questa obbligazione. Esposizione delle opinioni sopra questo proposito. Sono state tutte riassunte alla corte di Angers, la quale ha pronunziato, sulla forza obbligatoria delle promesse unilaterali di vendere, una decisione intieramente contraria alla verità.

116. *Quid*, sotto il codice civile? Confutazione di Merlin, e di una decisione di Liege, le quali opinano che il codice non ammetta le promesse unilaterali di vendere.

117. Risultati della promessa unilaterale di vendere. *Quid*, quando vi è limitazione di tempo per passare il

contratto? *Quid*, quando non vi è? Quando si reputa che le parti abbiano rinunziato alla promessa?

118. La promessa unilaterale deve essere fatta con determinazione di prezzo. Preferenza di una opinione di Voet, a quella di Pothier.

119. Le variazioni ulteriori nel prezzo non debbono influire sul contratto.

120. Ma il promittente potrà ritenersi l'accessione di cui la cosa si fosse aumentata dopo la promessa.

121. La deteriorazione sopravvenuta dopo la promessa non è motivo di riduzione del prezzo.

122. Durante il termine, il promittente può usare della cosa, e locarla in buona fede.

123. La vendita che consegue alla promessa, non rimonta all'epoca della promessa. Dissenso con Duranton.

124. Non si devono confondere le trattative con la promessa di vendere, e reciprocamente. Errore della corte di Angers. Sentenza di Bretonnier sulla giurisprudenza delle decisioni.

125. Delle promesse di vendere sinallagmatiche. Loro effetto nell'antica giurisprudenza. Varietà di opinioni e oscurità. Celebrità oggidì dimenticate. Sentenza pungente di Bretonnier sopra i magistrati dei suoi tempi. Distinzione famosa di Molinèo sulle promesse di vendere sinallagmatiche. Henrye l'adotta.

126. Ma questa distinzione è poco concludente. Essa suppone che la vendita sia attuale, e che la promessa non abbia altro subietto che il passaggio del contratto.

127. Prove sopra questo proposito.

128. Nuova sorgente di confusione, proveniente da una logomachia degli autori, i quali dicono che una promessa di vendere, equivale alla vendita, in quantochè essa costringe a passare contratto, e che il promittente non se ne libera mediante il rifacimento dei danni ed interessi.

129. Conclusione sopra ciò che nell'antica giurisprudenza si chiamava promessa di vendere sinallagmatica.

130. L'art. 1589 fu concepito sotto l'impero della duplice confusione che testè abbiamo accennato. Perciò è d'uopo ristringerne singolarmente la estensione. Prove sopra tale proposito. Quindi la promessa di vendere non trasferisce la proprietà, come la vendita. Dissenso con Duranton.

131. Ma sotto ogni altro rapporto, la promessa sinallagmatica di vendere equivale alla vendita.

132. Dessa è suscettibile delle medesime condizioni della vendita. Avviene anzi spessissimo che sia condizionale. Critica di una decisione di Grenoble, relativa alla condizione, *se mi decido ad alienare*.

133. La promessa di vendere può essere a termine.

134. Della rinunzia rispettiva delle parti alla promessa di vendere, e dei suoi effetti relativamente ai terzi. Dissenso con Duranton. Del caso in cui, quegli al quale è stata fatta la promessa, si è reso moroso al passaggio del contratto.

COMENTO.

114. Il significato del nostro articolo non può essere posto in tutta la sua luce, se non si getta uno sguardo sulla teoria che gli scrittori anteriori al codice civile hanno dato delle promesse di vendere. Quest'esame distruggerà, lo spero, le false idee che dominano intorno a questo punto del nostro dritto civile.

Questi giureconsulti distinguevano due specie di promesse di vendere:

La prima, che era unilaterale, e in virtù della quale una parte sola si obbligava verso l'altra a vendergli una certa cosa, *se questa lo dimandava*;

La seconda, ch'era sinallagmatica, e mediante la quale una delle parti si obbligava a vendere, e l'altra a comprare, per un prezzo convenuto, di maniera che non rimaneva più altro a farsi, che il passaggio dell'atto di vendita in tal guisa preparata.

115. La prima specie di promessa di vendere, è la sola della quale Pothier si sia occupato nel capitolo intitolato: *Delle promesse di vendere* (1). È facile convincersene leggendo la definizione ch'egli dà della promessa di vendere, e soprattutto questo periodo desunto dal n. 479: « Il contratto « di vendita è un contratto sinallagmatico, in virtù del quale ciascuna « delle parti si obbliga verso l'altra; « ma la promessa di vendere è una

(1) Pothier, *Vente*, n. 477, t. 1, Ediz. Terlier.

« convenzione, mediante la quale si « obbliga soltanto quello che promette « di vendere; coloi al quale la pro- « messa viene fatta, *non contrae alcu- « na obbligazione.* »

Tre opinioni si erano formate nell' antico dritto sulle promesse unilaterali, ma (si noti attentamente) tutte si oniformavano, in quanto che erano obbligatorie; vi era solo divergenza intorno all'estensione della obbligazione.

Alconi pensavano che la promessa di vendere non poteva dar luogo che a dei danni ed interessi nel caso d'inadempimento. Chi promette di vendere, si diceva, non vende ancora, nel modo istesso che chi promette di congiongersi in matrimonio, non contrae matrimonio. Una tal promessa è una obbligazione di fare, che si risolve sempre in una prestazione di danni ed interessi. *Nemo ad factum precise tenetur* (1).

Altri andavano più innanzi. Volevano che il promittente fosse tenuto a mantenere la sua parola, passando il contratto. Di questo nomero era Pothier. Egli decideva, che quegli a profitto del quale era stata fatta la promessa, poteva obbligare precisamente il promittente ad eseguirla, facendo ordinare che non passando egli il contratto, la sentenza ne farebbe le veci, e servirebbe di titolo per impadronirsi della cosa, ed entrarne in possesso.

Così giudicò il parlamento di Parigi con decisione del 28 Maggio 1658, dietro le conclosioni conformi dell'avvocato generale Talon (2).

Questa opinione era incontrastabilmente migliore della precedente. L'obbiezione, *Nemo præcise potest cogi ad factum*, consacrata dall' art. 1162 del codice civile, si trovava qui senza fondamento. Perciocchè questa massima non è applicabile, se non che quando si tratta di fatti corporei, che niun altro in luogo dell'obbligato può eseguire, per esempio, il dipingere un quadro. Ma rapporto ai fatti nei quali l'intervento del debitore può essere supplito da un intervento estraneo, la massima cessa di essere applicabile. Ora, il fatto che è il soggetto di ona promessa di vendere, può esser supplito da una sentenza (3).

Finalmente, una terza opinione progrediva anche maggiormente: essa voleva, che quegli a vantaggio del quale la promessa era fatta, potesse, offrendo il prezzo convenuto, chiedere *recta via*, che il promittente consomasse la vendita facendogli la consegna della cosa (4).

Quest' opinione non conduceva ad un resultato molto diverso dalla precedente. Aveva però il vantaggio di evitare ogni circuito, e sotto questo rapporto, come sotto quello della precisione logica, la credo preferibile. Era infatti inutile, che il giodice obbligasse a passare contratto; perchè il contratto è uno dei differenti modi di operare la vendita, ma non è il solo. Non è sacramentale, e se ne può far di meno. La vendita può risoltare dal fatto istesso della tradizione della cosa, e dal ricevimento del prezzo. Consegnare una cosa ricevendo un prezzo, è lo stesso che vendere (5). È donque

(1) Filippo Decio, l'opinione del quale è riferita in Tiraq., *De ret. convent.*, tit. fin. n. 42, Angel. citato del medesimo n. 47. Voet, *De cont. empt.*, n. 2. « *Actio mihi competit ad hoc quod interest.* »

(2) *Journal du Palais*, t. 1, lib. IX, cap. 45.

(3) Pothier, *Vente*, n. 840, t. 1, Ediz. Tarlier.

(4) Fachin., *Cont.*, lib. II, cap. 7, 8. Boerius, *Decis.* 183, n. 14. Tiraq., *De ret. conv.*, t. fin., n. 61.

(5) Voet, *De cont. empt.*, n. 2. « Uti non minus « re quam verbis societatem coire placeat (1, 4, O. « *Pro socio*), ita ratio non est, cur non idem in em- « ptione probetur. »

lo stesso che adempire la promessa di vendere. D' onde deriva, che è più speditivo ordinare che la vendita si consumerà per mezzo di questo duplice fatto, anzi che per un contratto presso a poco inutile, poichè la sentenza ne fa le veci.

E qui non si faccia confusione; non si dica che questo modo di considerare la promessa di vendere, si assomiglia alla vendita; giacchè fino a che il creditore non ha fatto conoscere la sua volontà di profittare del contratto, non vi è contratto sinallagmatico, e la cosa prosegue ad appartenere al venditore, che ne sostiene il pericolo. In conseguenza non vi è contratto di vendita, ma solamente *obbligazione di vendere quando ne sarà fatta la richiesta* (1). Allorquando solamente il consenso del venditore si sarà manifestato, sarà d' uopo passare da una semplice promessa ad una vendita effettiva, o col mezzo d'un contratto, o col mezzo del cambio della cosa contro il prezzo. Nulla vi ha di comune tra l' azione diretta ad ottenere la tradizione, la quale procede da una vendita consumata, e quella che è intentata dal creditore in virtù di una promessa di vendere. Con la prima, l'acquirente reclama una cosa che già gli appartiene, di cui corre il rischio, e debbe averne il godimento perchè ne è il proprietario. Con la seconda al contrario, il creditore non chiede la cosa per altro oggetto, che per fare operare, mediante il fatto della tradizione, una vendita che ancora non esiste. Egli non reclama una cosa che è sua, ma vuole che la cosa sia fatta sua mediante la traslazione del dominio che gli è stata promessa.

(1) Pothier, *Vente*, n. 477, t. 1, Ediz. Tarlier.
(2) *De ret. conv.*, tit. fin., n. 25 e 61.

Questa terza opinione che ho qui riferita, è consacrata da una decisione del parlamento di Parigi, menzionata da Tiraqueau (2). Eccone il caso:

Dopo un contratto di vendita passato tra due abitanti della Roccella, l' acquirente aveva promesso al venditore di obbligarsi verso di lui a dargli, dentro un certo tempo, la facoltà di esercitare il ricupero allo spirare di questo termine. Il venditore avendo intimato l' acquirente a rimettergli la cosa, mediante l'offerta reale del prezzo, questi rispose, che il suo avversario non poteva chiedere in virtù della promessa, se non che la concessione di esercitare il ricupero. Il venditore rispondeva, che era conveniente di evitare i circuiti, e conforme all'equità dalla ragione che il ricupero fosse esercitato senza ulteriore ritardo.

Il primo giudice avendo assoluto l'acquirente dalla dimanda, fu interposto appello, ed il parlamento di Parigi, riformando questa decisione, condannò l'acquirente a sopportare la ricompera, ed a restituire i frutti fin dal giorno della dimanda.

Tiraqueau, dopo aver citato le opinioni di tutti i dottori pro e contro sopra tale quistione, concluse dicendo, che il parlamento si era attenuto in questa circostanza all' opinione la più equa (*æquiorem sententiam secutus est*), fedele qui, come sempre, alla sua pratica di evitare i circuiti e di giungere alla verità, rigettando ogni sottigliezza.

Tale era lo stato della antica giurisprudenza; si scorge che le divergenze che si erano pronunziate intorno all' estensione dell' obbligazione contenuta nella promessa di vendere, mirabilmente confermano quel fatto incontrastabile, e sempre am-

messo, cioè, che una simile promessa produceva un legame di dritto, ed era in un modo o nell' altro obbligatoria per il promittente.

Ciò non pertanto a fronte di un tale stato di cose, la corte di Angers ha creduto poter decidere che, nell'antico dritto, una promessa di vendere non accompagnata dalla promessa di comprare, non costituiva se non che una semplice trattativa, che il promittente non era tenuto di osservare. Nella sua decisione, che è del 27 Agosto 1829 (1), quella corte, la quale per quanto sembra ha del tutto ignorato ciò che gli autori scrissero sopra tale quistione, è andata ad immaginare che il sentimento di Pothier sulla forza obbligatoria di queste promesse unilaterali sia insiememente, ed isolato e contrario alla giurisprudenza del parlamento di Parigi, e combattuto dalle generali disposizioni del dritto! ! ! È impossibile collocarsi in più aperta opposizione col vero.

116. Ci rimane ora a sapere qual partito ha preso il codice civile intorno alle promesse di vendere non sinallagmatiche.

Merlin non esita a dire, che la dottrina di Pothier la quale prescrive che queste promesse non equivalgono a contratto di vendita, *non può più sostenersi di fronte all' art.* 1589; egli giunge fino a pretendere che sotto l' impero del codice civile *ogni promessa di vendere è nulla, se non è accompagnata dalla promessa di comprare, e che non è obbligatoria per chi l' ha fatta* (2).

Non si può dubitare che questo sia un errore manifesto.

Il nostro articolo non si occupa minimamente della promessa di vendere unilaterale. Esso prende unicamente di mira il caso nel quale vi è promessa reciproca di vendere e di comprare, e consenso sinallagmatico sulla cosa e sul prezzo. Le promesse di vendere unilaterali, sussistono adunque col carattere che aveva loro impresso l' antico dritto: senza dubbio non equivalgono al contratto di vendita, ma hanno forza come promesse obbligatorie (3). Non includono esse alcun vizio di tal natura da liberare il promittente; la buona fede vuole al contrario, che sieno eseguite, se non si vuol dire che il codice civile si è mostrato meno morale dell'antica giurisprudenza, e che ha adottato le comode dottrine di quel Romano dalla fede punica, che Marziale pone in ridicolo nel seguente epigramma:

> Si donare vocas, promittere nec donare. Cail,
> Vincam te donis muneribusque meis.
> Accipe callaicis quidquid fodit Astor in arvis,
> Aurea quidquid habet divitis unda Tagi;
> . . . .
> Quidquid habent omnes, accipe, quo modo das (4).

Dicasi dunque che il promittente sarà obbligato a mantenere la sua parola, e che, in caso di rifiuto, potrà essere giudicialmente costretto, o a passare contratto, come vuole Pothier, o a fare *recta via* la tradizione della cosa, lo che mi sembra più diretto e non meno legale. In siffatta maniera la corte di Parigi, nel 10 Maggio 1826, contemplò la quistione. L'autore della promessa fu condannato sulla dimanda del creditore a passare contrat-

(1) Dal., 30, 2, 74.

(2) Répert., *Vente*, § 7, n. 3 e 5, *non bis in idem*, n. 16. L'opinione di Merlin è stata adottata da una decisione di Lione del 27 Giugno 1832. (Sirey, 1833, p. 385).

(3) *Supra*, n. 97 e 192. L. ult., c. ad S. C. Vellej.

(4) Lib. X, epig. 16.

to in uno spazio di tempo determinato, in difetto di che fu dichiarato, che la sentenza equivarrebbe al contratto di vendita (1). Questa è la condanna formale, ed onninamente giuridica dell' opinione di Merlin.

117. Allorchè la promessa unilaterale di vendere è stata fatta con limitazione di tempo, il promittente è liberato di pieno dritto, se innanzi lo spirare del termine non è stato costituito *in mora* (2).

Infatti è chiaro, che precisando un' epoca, chi si è obbligato a vendere, non ha inteso di protrarre oltre quella la sua obbligazione. Non si potrebbe prorogarla senza violare la convenzione. Inutile è l' opinione di Duranton, che per far decadere il compratore dal suo dritto, occorrerebbe una intimazione, a tenore dell'articolo 1139 del codice civile (3). Io rispondo che quest'articolo, come pure l'art. 1146, non sono applicabili, che alla costituzione *in mora* del debitore, e che nel nostro caso al contrario, è il creditore che è moroso a profittare dei suoi dritti.

Quando la promessa è fatta senza limitazione di tempo, Pothier vuole che il promittente, per essere sciolto, ottenga una sentenza che imponga all'altra parte di dichiarare in un breve spazio di tempo, se intende di comprare; in difetto di che la promessa debba considerarsi come non avvenuta (4).

Ma io penso con Duranton, che una sentenza non è più necessaria sotto il codice civile, e che argomentando dall'articolo 1139, si deve dire, che basta una intimazione significante, che se quegli al quale la promessa è stata fatta non si decide a profittarne dentro un dato termine, il promittente sarà liberato.

Se è scorso un tempo considerabile senza che il creditore abbia richiesto l'adempimento della promessa, si potrà decidere, secondo le circostanze, che le parti hanno tacitamente rinunziato alla convenzione (5).

118. La promessa unilaterale di vendere dev'ella necessariamente esser fatta con la determinazione del prezzo?

Pothier sostiene la negativa (6). Secondo lui una tal promessa contiene la convenzione implicita, che il prezzo verrà stabilito da dei periti da concordarsi dalle parti (7). Invero, continua Pothier, non può esservi contratto di vendita senza un prezzo convenuto tra le parti; ma la promessa di vendere non è ancora un contratto di vendita (8).

Al contrario di questa opinione di Pothier, Voët crede che una promessa di vendere *a giusto prezzo* non conterrebbe alcun legame di dritto, e che il promittente potrebbe impunemente recederne (9). La ragione ch' egli adduce si è, che codeste parole non contengono una promessa positiva sul prezzo, e che il venditore può avere inteso per *giusto prezzo* una somma maggiore di quella alla quale il futuro acquirente poteva dal canto suo pensare. Io sono assai propenso a preferire questa opinione, e a non

(1) Sirey, 1827, p. 87. Duranton, t. 9, n. 106, p. 49, è egualmente di questa opinione, Ediz. Tarlier.

(2) Pothier, *Vente*, n. 481, t. 1, Ediz. Tarlier.

(3) T. 16, n. 58.

(4) *Vente*, n. 481, V. *Supra*, n. 101.

(5) Duranton, t. 9, n. 58, p. 30, Ediz. Tarlier.

(6) Pothier, *Vente*, n. 481.

(7) Arg. della legge 49, § 8, Dig. *De leg.* 1.

(8) Pothier, *Vente*, n. 482, t. 1, Ediz. Tarlier.

(9) *De cont. empt.*, n. 2. *Junge* Duranton, t. 19, n. 57.

vedere che una semplice trattativa nella dichiarazione di cui si tratta, eccetto che se fosse stata seguita da un principio di esecuzione.

119. Quando il prezzo è stabilito nella promessa di vendere, qualunque sia il cambiamento sopravvenuto dopo questa promessa nel valore delle cose della specie alla quale appartiene l' oggetto contrattato, il venditore non ha dritto di voler vendere per un prezzo maggiore di quello convenuto. Non è però neppur tenuto a vendere per un prezzo minore (1).

120. Se la cosa si accresce per alluvione dentro il termine convenuto, il promittente potrà ritenersi l' accessione. Questo profitto dell' accessione appartiene a quello che corre il risico della cosa (2); il promittente potrà dunque esigere, che il compratore lo indennizzi di questo accrescimento di valore.

121. Se la cosa fosse stata deteriorata per qualche caso fortuito, il compratore non potrebbe esigere una diminuzione di prezzo, perchè chi ha promesso di vendere non si è obbligato di farlo che per il prezzo espresso nella sua promessa, e non per un prezzo diverso (3).

122. Durante il corso del termine, il promittente può locare la cosa promessa, perchè gli appartiene, ed egli deve trarne profitto. Se però la locazione fosse stata fatta con frode per pregiudicare ai dritti del futuro acquirente, potrebbe essere annullata (4).

123. La vendita che viene a realizzare la promessa di vendere fatta per obbligazione unilaterale, non rimonta alla data di questa promessa; non vi è contratto di vendita, fuorchè quando il consenso dell' acquirente si è unito alla promessa del venditore. Questa è la ragione, per cui non comprendo, come Molinèo abbia sostenuto, che la dichiarazione fatta da quello al quale la promessa è stata data di volerne profittare e passare contratto, debba avere un effetto retroattivo (5). Quest' opinione rovescia tutti i principii ricevuti, e per conoscerne tutti i vizii, basterà riferirsi a quello che abbiamo detto al n. 113. Invano Duranton parla dell' effetto retroattivo della condizione sospensiva (articolo 1179). La retroattività in questa materia ha luogo solamente quando vi è contratto; ma la ragione ricusa di ammetterla, quando non vi è che una semplice promessa unilaterale.

Niente meglio dimostra l' errore di Duranton, che il caso al quale egli applica il suo principio di retroattività, e le conseguenze che ne trae. Suppone che Pietro abbia promesso a Giacomo, senza reciprocità, di vendergli l' immobile A, e vuole, che se avanti d' adempire la sua obbligazione, Pietro vende a Paolo l' immobile in quistione, Giacomo abbia azione contro quest' ultimo per obbligarlo a restituirglielo. Ma che! Paolo, il quale ha comprato quando l' immobile era ancora nel dominio di Pietro, potrebbe essere molestato da un individuo il quale non ha acconsentito a divenire acquirente, se non che dopo di lui!!! è impossibile di ammettere un resultato tanto contrario alle sane dottrine.

(1) Pothier, *Vente*, n. 484, t. 1, Ediz. Tarlier.

(2) L. 16, Dig. *De reg. juris*. L. fin. C. *De furtis*. Pothier, n. 486, t. 1, Ediz. Tarlier.

(3) Pothier, *Vente*, n. 485, t. 1, Ediz. Tarlier.

(4) Decisione della corte di Parigi, 10 Maggio 1826. (Sirey, 1827, 2, 37).

(5) Duranton, t. 9, n. 53, p. 28, Ediz. Tarlier.

124. Del rimanente si osservi bene a non confondere una semplice proposizione di vendere con una obbligazione di vendere (1).

Quando un commerciante spedisce una circolare contenente indicazione degli articoli che vende, e del loro prezzo, con offerta di somministrarli e di spedirli, questa è una semplice proposizione che non obbliga. Egli può vendere ad altri compratori che si presentano nei suoi magazzini (2), e quelli che hanno ricevuto la circolare non possono lamentarsene.

Ma se, per esempio, l'atto è concepito in questi termini: « Io prometto, e mi obbligo di cedere alla comune di San-Pietro della Corte il presbiterio, quando mi sarà stato dato il consenso all' atto di vendita, rimborsandomi delle mie spese e de' miei disborsi, » questa è una promessa obbligatoria. La corte di Angers non ha potuto decidere il contrario, che in sequela di un perfetto oblio dei principii che dominano questa materia (3); il che mi fa sovvenire di quel motto di Bretonnier: *Che si deve fare poco caso della giurisprudenza delle decisioni, e che è più sicuro l'attenersi ai principii* (4).

125. Scendiamo ora a trattare delle promesse di vendita sinallagmatiche. Queste promesse equivalevano esse a contratto di vendita nell' antica giurisprudenza?

In qual senso esse vi equivalevano?

Sopra questo punto vi era molta oscurità, ed una gran divergenza tra le decisioni, e gli autori.

Tiraqueau, consigliere al parlamento di Parigi, ha riferito con la sua inesauribile erudizione (5), il sentimento di tutti i dottori, i quali vogliono che la promessa di vendere non equivalga al contratto di vendita, e che si risolva, secondo alcuni nell'obbligazione di passare il contratto, e secondo altri, nella refezione dei danni ed interessi. Questi dottori sono numerosissimi. Si vede figurare in questa lista Filippo Decio, Baldo, Angelo, Saliceto, Imola, Paolo di Castro, Bartolo, Alessandro, il principe de' giureconsulti del suo tempo, ed una folla di celebrità oggidì cadute nella più profonda dimenticanza (6).

Molinèo, che venne dopo, propose una distinzione sopra la materia.

O le parti non hanno voluto obbligarsi a titolo di compra e vendita, che in un avvenire più o meno lontano, e allora altro è vendere, ed altro promettere di vendere; ovvero la loro volontà si riferisce ad un atto presente, contenente tutte le condizioni sostanziali della vendita, ma che deve essere corroborato da un atto futuro, ed allora la promessa di vendere è un vero contratto di vendita. Per esempio, prometto di vendervi un tale immobile, e in conseguenza di FARVENE LA TRADIZIONE per il tal prezzo, e di passarne con voi contratto autentico pei rogiti di un notaro di Parigi, in un certo termine. Voi ed io facciamo una vendita attuale, non ostante l'atto futuro che vi si deve aggiungere. La nostra promessa reciproca, ha per oggetto qualcosa di presente. Io mi

(1) Pothier, *Vente*, n. 474. *Sopra*, n. 118.
(2) Pardessus, n. 269.
(3) Decisione del 27 Agosto 1829.
(4) Sopra Henrys, t. 2. p. 335.

(5) Bretonnier, sempre pronto a lanciare l'epigramma contro i magistrati dell' epoca sua, pretendeva che i suoi Sigg. colleghi avevano ben saputo correggersi di questo difetto. (Sopra Henrys, t. 2, p. 333. 334.)
(6) *De retract. conv.*, ad l. fin. n. 12 e seg.

obbligo a FARVI LA TRADIZIONE DELLA COSA. Questa cosa, il prezzo, ed il consenso, sono regolati nel medesimo istante, e tutto fa capo ad una vendita irrevocabile e definitiva, se voglionsi porre da lato inutili circuiti.

« Hæc tamen sane intelligenda « sunt, quando partes remanent in « terminis simplicis conventionis de « vendendo, vel alio actu faciendo *in* « *futurum*, ita quod intentio partium « et verba dispositiva referentur ad « actum de futuro; secus, si et verba « obligativa et mens referantur ad « actum præsentem et omnia ad sub« stantiam actus requisita præsto sint; « quia tunc, licet inserantur verba « sonantia in futurum, ut *promitto* « *talem rem tanti vendere*, TRADERE, « *et infra tot dies instrumentum au-* « *thenticum sub tali sigillo, puta pa-* « *risiensi conficere*, nihilominus cele« bratur actus de præsenti, attenta « intentione partium, dispositione et « capacitate materiæ subjectæ (1). »

Altrove, in una consultazione, Molinèo così si esprime:

« Quando omnia substantialia ven« ditionis de præsenti interveniunt, « *tunc pactum de vendendo transit in* « *venditionem de præsenti et est actu-* « *alis venditio*; quod si promitto me ti« bi obligaturum ad dandum decem, « quod statim donatio perfecta est et « possum *recta* conveniri ad decem, « *causa vitandi circuitus* (2). »

Questa distrazione del principe dei giureconsulti Francesi, fu coronata dal plauso di parecchi tribunali, e di un gran numero di scrittori. Henrys l'adottò (3) in questi termini: « È d'uo« po non ostante osservare in qual « modo la convenzione è concepita; « perocchè, se in vece di una sem« plice promessa, si fosse parlato di « vendita, cioè se si fosse parlato in « termini presenti e non futuri, l'at« to sarebbe valido ed obbligatorio, « come quando si dice: *vende fin d'ora*, « e che la promessa di passare con« tratto non si fa che per maggiore « cautela dell'obbligazione. Questa di« stinzione è notata da Molinèo. »

126. Si vede chiaramente che Molinèo ed Henrys, non facevano una gran concessione attribuendo il carattere di vendita a simili contratti. Nei due esempii da loro citati, la promessa non ha altro subietto, che l'obbligazione di passare contratto autentico, ma in precedenza vi è già una vendita formale, o verbale, o per iscrittura privata; Henrys lo dichiara ingenuamente, « *vende fin d'ora*, » e in quanto a Molinèo, sebbene la sua ipotesi non abbia la stessa ingenuità, produce però il medesimo risultato. Imperocchè chi promette di *fare la tradizione di una cosa* (*promitto talem rem... tradere*), si serve di una promessa equivalente a quella del contratto di vendita, l'oggetto della quale è di procurare la consegna di una cosa, mediante il pagamento di un prezzo. Se questo è ciò che fu chiamato *promessa di vendere*, è forza convenire che si è alimentato e perpetuato un grande equivoco, perchè queste pretese

(1) Sur Paris, des *Coutumes*, § 78, gloss. 1, n. 82.

(2) Cons. 30, n. 7. Si scorge da quest'esempio, che Molinèo dà in appoggio delle sue opinione, in qual senso egli intenda che la vendita è attuale; in questo senso cioè, che il venditore può essere direttamente intimato *ad traditionem*, per evitare i circuiti. Del resto, nel caso sul quale emetteva la sua opinione in qualità di avvocato, la vendita era presente, e le parole del futuro non erano state impiegate che per apporre un termine all'obbligazione. (Mel. Cons. n. 8.)

(3) Vol. 2, lit. IV, cap. 6, q. 40, p. 333, n. 4.

promesse di vendere, *de præsenti*, che si dicono equivalenti al contratto di vendita, non sono altro che vendite bene e debitamente concluse (1), soprattutto ai termini dell' antica giurisprudenza, secondo la quale il contratto di vendita non era sufficiente per trasferire il dominio al compratore.

Se ne vogliono altre prove? Si consultino le decisioni profferite sotto la influenza della distinzione di Molinèo.

127. Un particolare aveva VENDUTO (2) un podere per un certo prezzo, col patto che serebbe stato sollecitamente misurato, e che ne sarebbe stato passato contratto dinanzi notaro, nel passaggio del quale, le parti avrebbero convenuto dei termini del pagamento. L'atto era stato sottoscritto dal venditore, e dal compratore. Dietro il rifiuto del primo di essi, fu profferita decisione nel 12 Gennajo 1649, al parlamento di Tolosa, in seguito di divisione, la quale stabilì che quell' atto doveva essere eseguito, e che ne sarebbe passato il contratto (3). Ma non è chiaro che qui si avesse una vendita perfetta, espressa nell'atto per iscrittura privata, e che la sola quistione da esaminarsi fosse quella di sapere se la promessa di passare contratto autentico sospendeva la vendita; quistione che si riferisce maggiormente a quello che abbiamo detto di sopra n. 18 e 19, che all'estensione delle promesse di vendere. Pure questa sentenza vion citata da Bretonnier come decisione sopra una promessa di vendere.

In questo medesimo senso Brillon riporta diverse decisioni, intervenute intorno a simili casi (4). Lasciamo che parli egli medesimo.

« Alcune convenzioni per atto pri- « vato, firmate dalla de Bassin, e da « de Bienassis, le quali *importavano* « *una vendita* DE PRÆSENTI, e che ne « sarebbe passato contratto per pare- « re di avvocati (lo che però non era « stato fatto), furono confermate dal « parlamento di Grenoble. Con deci- « sione del 3 Marzo 1640 (5), fu riget- « tata l'istanza avanzata da quella si- « gnora, mediante la quale aveva di- « chiarato la mutazione della sua vo- « lontà, sostenendo che la vendita non « era perfetta.

« La semplice promessa di vende- « re non obbliga precisamente alla tra- « dizione della cosa, ma si risolve nel- « la prestazione de' danni ed interes- « si. Tuttavia conviene attentamen- « te osservare in qual modo la pro- « messa è concepita; perchè se si parla « di tempo presente, e non del futuro, « la promessa è obbligatoria... etc. »

Bonifacio (6) ancora è preoccupato dal medesimo pensiero, perchè chiama promessa di vendere uno scritto in forza del quale una tal signora Braqueti aveva promessa al sig. Broglia avvocato a Marsiglia, di vendergli per 1500 lire un' immobile situato a Merveil, con clausola che *gl'interes-*

(1) Vi erano però alcuni scrittori, i quali opinavano che queste vendite non erano perfette finchè il contratto autentico non era disteso (Ved. *supra*, n. 18 e 19). Essi supponevano che le parti avessero voluto far dipendere la loro obbligazione dalla condizione sospensiva della compilazione di un atto autentico.

(2) Mi servo della parola impiegata da Bretonnier, sopra Henrys, vol. 2, p. 334.

(3) Catelan, l. 2, lib. V, cap. 4. Bretonnier, sopra Henrys, vol. 2, p. 334.

(4) Dizionario delle decisioni, V *Vente*, n. 49.

(5) Ved. anche Chorier nella sua giurisprudenza di Guy-Pape, p. 238, note.

(6) T. 2, p. 213, lib. IV, cap. 1.

si cominciavano a decorrere dal giorno di questa convenzione, e che il compratore si obbligava a lasciare in possesso i fittajuoli, salvo a ridurre tutto questo in contratto autentico alla prima richiesta. Ora, è evidente, che questo trattato conteneva una vendita attuale, perchè il prezzo era dovuto dal momento che era stato ridotto in iscritto, e produceva gl' interessi. In tuttociò non vi era altra promessa *in futurum*, che quella riguardante il passaggio del contratto autentico.

Citiamo infine un' ultima decisione, per terminare di provare che ciò che si chiamava *promessa di vendere*, non era se non che una vendita attuale, accompagnata dalla promessa di aggiungervi un atto autentico, onde avere un atto importante ipoteca, ed esecuzione parata.

La marchesa du Quesne passò col sig. Bosc un atto privato che fu in seguito depositato presso un notaro, e che era così concepito:

« Proposizioni convenute tra la « marchesa du Quesne ed il sig. Bosc « per la compra della terra e marche- « sato du Quesne. Il prezzo, 260,000 « lire.

« Per i pagamenti:

« Il Bosc s' incarica del debito della sig. de Clerambault, 63.000 lire. »

Segue l' indicazione de' diversi pagamenti.

Poi si soggiunge:

« Il possesso a cominciare dal gior- « no di S. Martino prossimo del 1696.

« Fatto duplicato a Parigi, questo « dì 6 Giugno 1696. »

Bosc, essendo stato invitato dalla marchesa du Quesne a passare il contratto pubblico, credè di potersi ricusare. In conseguenza fu citato in giudizio per sentirsi condannare a passare il contratto dentro tre giorni, ed a pagare la somma precisata nell' atto duplicato del 6 Giugno 1696. Con sentenza del 4 Gennajo 1697, fu deciso, che Bosc passerebbe contratto, altrimenti la sentenza ne farebbe le veci; in conseguenza, che pagherebbe il prezzo convenuto.

In seguito dell'appello, nacque decisione del parlamento di Parigi del 19 Luglio 1697, che confermò la sentenza.

Risulta da questa decisione, che viene citata da tutti gli autori i quali vogliono sostenere la proposizione, che *la promessa di vendere equivale a contratto di vendita* (1), che la promessa non aveva per subietto se non che l' atto autentico destinato a consolidare la vendita per iscrittura privata fatta antecedentemente. Quindi ciò che s' intendeva con l' espressione, la promessa di vendere equivale al contratto di vendita, era una promessa di vendere autentica una vendita già perfetta, ma passata per atto privato.

128. A questa prima confusione nei termini se ne aggiunse una seconda.

Quando una promessa di vendere rimaneva nei limiti di una semplice promessa *in futurum* senza alcuna obbligazione attuale, era una grave quistione per i giureconsulti quella di sapere, se doveva risolversi sulla refezione dei danni ed interessi, ovvero se ne risultava una obbligazione di fare il passaggio del contratto (2). Qui

(1) Brillon, *loc. cit.* Bretonnier, sopra Henrys, vol. 2, p. 335. Ferrières (V° *Promesse de Vente*), il quale dice « *La promessa di vendere equivale a contratto di vendita*, » appoggia questa proposizione sopra tale decisione, come pure *sulla distinzione d' Henrys*, e sopra altre decisioni analoghe.

(2) Tiraq., *loc. supra cit.*

si riaccendeva la lotta, della quale abbiamo parlato al n. 115. Henrys, Bretonnier (1), Bonifacio (2), Brillon (3), etc., ritenevano che la promessa di vendere e di comprare, non doveva dar luogo che ai danni ed interessi. Ma il parlamento di Parigi, ed in generale la giurisprudenza dei giudicati, decidevano, che il promittente era obbligato a passare contratto di vendita (4). Allora per riassumere in termini energici questo modo di considerare le promesse di vendere, accadde che diversi scrittori si avvisarono dire, che la promessa di vendere una cosa, era effettivamente una vendita. E perchè secondo loro era una vendita? Ascoltiamo Danty (5). « La promessa di vendere una cosa è « effettivamente una vendita; perchè « è *obbligatoria da ambe le parti*, *per « la ragione*, *che quegli che ha pro- « messo di vendere è tenuto a conse- « gnare ciò che ha venduto*, *e chi ha « promesso di comprare è tenuto a pa- « garlo. Quod ab initio sponte scrip- « tum aut in pollicitatione deductum « est*, *hoc ab invitis compleatur.* » L. ult. C. a. S. C. Vellejanum.

E Boiceau non aveva un diverso concetto, quando poneva la seguente rubrica. « *La promessa di vendere è « una vera vendita* » a questo passo della sua opera sulla prova: « Ed in « quanto alla massima volgare, la qua- « le dice che si può recedere da un « contratto che non è ancora perfet- « to, o appurato, questa non può « venire opposta; perchè s' ingan- « na chi crede, che questa massi- « ma abbia luogo nelle convenzioni « che contengono la promessa di ven- « dere, di locare, permutare, etc., « e che sia permesso pentirsene, lo « che è intieramente falso, essen- « do cotesti contratti del tutto per- « fetti, sebbene per la loro completa « esecuzione, si richiede un altro « contratto. Questo è il motivo per cui « Bartolo e Baldo li chiamano *contrat- « ti innominati*, nei quali non è per- « messo pentirsi (6). »

In tal guisa adunque, questi contratti che Boiceau chiama *innominati*, e che per certo non sono nè una locazione, nè una vendita, perchè la vendita e la locazione sono contratti nominati (7), questi contratti, ai quali manca qualche cosa per la loro completa esecuzione, non sono dall'autore parificati ad un vero contratto di vendita, se non che a motivo della loro forza obbligatoria (8)!

129. Concludiamo definitivamente, che nell' antica giurisprudenza, quando si diceva, che una promessa di vendere è un vero contratto di vendita, si voleva solamente dire, che era obbligatoria, e che alla pari della vendita, doveva condurre alla tradizione della cosa, ed al pagamento del prezzo. Concludiamo ancora, che in un altro senso, si chiamava promessa di veudere equivalente a contrat-

(1) Vol. 2, p. 332.

(2) T. 2, p. 213, lib. IV, cap. 1.

(3) Dizionario delle decisioni, V *Vente promise.*

(4) La giurisprudenza delle decisioni, giudica *senza distinzione* (diceva Bretonnier, p. 334, *loc. cit.*), che una simile promessa obbliga chi l' ha fatta ad eseguirle, ed a passare contratto di vendita. Pure, Bonifacio cita una decisione in senso contrario, proferita dal parlamento di Provenza il 12 Maggio 1661.

(5) De la Preuve, p. 740.

(6) P. 737, n. 6.

(7) Altrove Boiceau medesimo dice n. 1 « *che non « sono, nè vendite, nè locazioni.* »

(8) Anche Toullier spiega in questa maniera la massima « *la promessa di vendere equivale al contratto di vendita,* » t. 5, n. 92, Ediz. Tarlier.

to di vendita, le vendite per atto privato che le parti si erano obbligate di rendere autentiche. Queste locuzioni non avevano un grande inconveniente, perchè nell' antica giurisprudenza, il solo contratto di vendita non trasferiva la proprietà, e produceva solamente un' azione personale per avere la cosa od il prezzo, il che gli era comune con la promessa di vendere. Contuttociò, non erano perfettamente esatte. Nel primo senso, era falso che la promessa fosse un vero contratto di vendita, perchè la cosa rimaneva a rischio del venditore (1), mentre che se vi fosse stata vendita, il risico sarebbe andato a carico del compratore (2). Come mai infatti, la cosa avrebbe potuto restare a risico del compratore, tostochè, come Boiceau ne conviene, il contratto era incompleto, ed era necessario l' intervento di un nuovo atto per consumarlo, cioè, o di un contratto, o della tradizione della cosa unita alla numerazione del prezzo? Perocchè, si deve fare attenzione che era un abuso di parole quello col quale si qualificava di *venditore* o di *compratore* chi aveva promesso di vendere, o chi aveva promesso di comprare. Il primo non poteva divenir venditore, e l'altro compratore, se non in virtù di un contratto, o in seguito di una vendita tacita resultante dalla tradizione, e dal pagamento del prezzo (3). Nel secondo senso, era egualmente falso l' intitulare promessa di vendita, ciò che aveva per oggetto una vendita perfetta.

In conseguenza, vi era in tutto questo una duplice confusione, perchè sotto il primo punto di vista si chiamava vendita ciò che era una semplice promessa di vendere, e sotto il secondo punto di vista, si chiamava promessa di vendere, quello che era in realtà una vendita perfezionata.

130. Il nostro art., il quale dichiara, che *la promessa di vendere equivale alla vendita*, *quando* etc., fu concepito sotto l' impero di siffatte idee.

Se si vuol rintracciare nei lavori preparatorii del codice civile, il significato dato a quest' articolo da quelli che l' hanno composto, è forza ristringerne singolarmente l' estensione.

Portalis diceva nella sua esposizione dei motivi: « La promessa di vendere equivale alla vendita, quando « vi sarà il consenso reciproco delle « parti sulla cosa e sul prezzo.

« Si trova effettivamente in simil « caso, tuttociò che è della sostanza « del contratto di vendita. »

Portalis limita a queste parole le sue laconiche espressioni; ma quasi per dar loro un comento, cita in nota Cochin, t. 6, 4, 160 (4).

Ma ricorrendo a ciò che dice sopra tal proposito questo celebre avvocato, noi leggiamo: « È massima « indubitata, che non si è meno vin« colato da un atto disteso e firmato « da sè medesimo, che da quelli, i « quali si fanno in presenza dei nota« ri . . . . . Se con l' atto medesimo, « si assume l' obbligazione di passar« ne un altro dinanzi notaro, l' atto « non è per questo un semplice pro« getto, ma soltanto si promette di « aggiungervi una forma più autenti« ca, della quale però si può fare a « meno . . . . . *Fu le mille volte giu« dicato, che una promessa di passare « contratto di vendita era obbligato-*

(1) Bretonnier sopra Henrys, t. 2, p. 334. Pothier, n. 479.

(2) Pothier, *Vente*, n. 308, e 479, Ed. Tarlier.

(3) Ved. *supra*, n. 11'.

(4) Loeré, t. 7, p. 74, Ediz. Tarlier.

« ria, sebbene non fosse in conse-
« guenza di essa passato alcun con-
« tratto, e che bastava per questo che
« la promessa di passare contratto,
« contenesse le condizioni essenziali
« della vendita, *substantialia contra-
« ctus*; e quando una delle parti ha
« voluto scuotere il giogo di una si-
« mile promessa, è stata sempre con-
« dannata ad eseguirla. » Poi, facendo allusione al caso intorno al quale scriveva, Cochin aggiunge: « Questa non
« è una semplice promessa di passare
« contratto, è un atto perfetto in sè
« medesimo, il quale contiene un'ob-
« bligazione presente, assoluta, irre-
« vocabile. ed alla quale si è solamen-
« te aggiunto la promessa di confer-
« marla con un atto davanti notaro,
« se la de Mézières lo reclamava. »

Se Cochin è commentatore officiale dell'art. 1589 del codice civile, cosa ne resulta? Che quest'articolo decidendo, che la promessa di vendere equivale a contratto di vendita, non intende dire altro, se non che dessa è obbligatoria, ed il venditore può essere costretto, *recta via*, senza circuito, a consegnare la cosa, e l'acquirente a sborsare il prezzo; in una parola, che l'art. 1589 non racchiude nulla più di quello che hanno inteso dire Boiceau e Danty, testè da me citati, mentre esiste perfetta conformità d'idee tra questi giureconsulti e Cochin.

Ma l'art. 1589 ha egli voluto che la semplice promessa di vendere, equivalesse alla vendita, in quanto che come la vendita, ponesse la cosa a rischio del compratore, e ne lo rendesse di pieno dritto proprietario?

A tale quesito risponderò con una distinzione.

O la promessa di vendere è una promessa di passare un contratto aggiunta ad una vendita verbale, o per atto privato già perfetta, ed allora il risico è a carico del compratore anche innanzi la confezione dell'atto pubblico, perchè, siccome dice Cochin, si ha in ciò un contratto *perfetto*, *assoluto*, *irrevocabile*;

Ossivvero la promessa di vendere non viene ad aggiungersi ad alcuna convenzione presente, ed allora non può trasferire di pieno dritto la proprietà, siccome non la trasferiva nell'antica giurisprudenza; perchè il codice ha attribuito alla promessa di vendere, il carattere che aveva nell'antico dritto. Il nome di Cochin invocato da Portalis, ne è la prova evidente. Grenier, oratore del tribunato, concorre a confermarla allorchè dice:
« L'uso della promessa di vendere, è
« antico quanto la vendita. Non vi era
« inconveniente alcuno a *conservar-
« lo* (1). »

Questo è anche il sentimento di Toullier. « È assai evidente, dic'egli,
« che la promessa di vendere non pro-
« duca l'effetto di trasferire la pro-
« prietà, giacchè quegli che solamen-
« te promette di vendere, non ha la
« volontà di spogliarsene attualmente.
« Egli non si obbliga che a trasferirla,
« mediante un nuovo contratto ne-
« cessario a questa traslazione (2).

« La commissione incaricata della
« compilazione del progetto di codi-
« ce, abbracciò l'opinione degli au-
« tori i quali (nell'antica giurispru-
« denza) opinavano che le promesse
« di vendere, obbligassero precisa-
« mente al passaggio del contratto,
« ed alla tradizione della cosa. Dessa
« si esprime con i medesimi termini

(1) Locré, t. 7, p. 108, Ediz. Tarlier.
(2) Toullier, t. 9, n. 91, p. 42, Ediz. Tarlier.

« degli autori: *la promessa di vendere* « *equivale alla vendita*, senza accorgersi che questa massima mancava « assolutamente di esattezza, sotto « l'impero dei nuovi principii, i quali « vogliono che la proprietà si acquisti e si trasferisca per effetto delle « convenzioni, in specie della vendita, ancorchè la cosa non sia stata « per anche consegnata.

« Perciò la prima vendita, sebbene non seguita dalla tradizione, « prevale sempre alla seconda, anche « seguita da tradizione, perchè il venditore non ha potuto trasferire un « dritto che non aveva più.

« Al contrario, la vendita posteriore alla promessa di vendere, ancorchè autentica, è valida perchè la « proprietà, avendo a malgrado di « questa promessa, continuato a risiedere nel venditore, egli perseverava anche ad avere la facoltà di trasferirla ad un acquirente di buona « fede, salvo il dritto, a quegli in vantaggio del quale la promessa era stata fatta, di esercitare un'azione pei « danni ed interessi contro il venditore (1). »

In conseguenza, Toullier decide che la massima, *la promessa di vendere equivale alla vendita*, non sia assolutamente vera, fuorchè quando la promessa è seguita da tradizione, e da possesso, senza di che, dic'egli, « è certo che la promessa di vendere « non può avere i medesimi effetti della vendita (2). »

Seguendo tutti i progressi dell'antica giurisprudenza, ricercando l'origine dell' art. 1589, e scrutando il pensiero di coloro che l'hanno redatto, mi sembra impossibile non adottare l'opinione di Toullier (3). D'altronde, se si volessero intendere alla lettera le parole dell'art. 1589, se non s'illustrassero mediante i precedenti che hanno servito alla sua compilazione, si lasceremmo trascinare alle conseguenze le più false e le più contraddittorie con la volontà formale delle parti. È irragionevole sostenere, che la proprietà viene trasmessa di *pieno dritto*, *ed attualmente* al compratore, quando il patto intervenuto tra due promittenti, fa espressamente dipendere la traslazione del dominio da un fatto futuro, da un fatto che i contraenti non hanno voluto attualmente consumare.

Questo sentimento sembra potersi corroborare coll' appoggio di una decisione della corte di cassazione, del 22 Dicembre 1813 (4). Il 26 Termidoro anno XIII, Deslon si obbliga pagare a Sahuguet, nello spazio di un anno, 5,156 fr., ed in difetto di pagamento ad acconsentire di vendergli sei appezzamenti di terreno designati in quell' atto, a seconda della stima fattane da dei periti. Si vede che questa era una promessa di vendere, nella quale concorreva il consenso sulla cosa e sul prezzo. Ma induceva essa traslazione del dominio della cosa? Una simile idea non fu neppu-

(1) Toullier, t. 9, n. 92, p. 42, Ediz. Tarlier.

(2) Toullier, t. 9, n. 91, p. 42, Ediz. Tarlier.

(3) Duranton è d'un'opinione contraria (t. 9, n. 51). Egli vuole che la semplice promessa di vendere, trasferisca la proprietà, e per giungere a questa risoltato, gli basta di prendere alla lettera l' art. 1589. Siccome quest' autore non ha affrontato alcuno degli argomenti che io ho discussi, nulla credo dover cambiare (almeno per ora) nel mio modo di vedere, che mi sembra posare sopra basi assai solida; cioè da un lato, la ragione, la forza della cosa, e la volontà precisa dei contraenti, che non può porsi in dubbio, e di cui non si fa alcun conto nel sistema di Duranton; dall' altra poi l' origine dell' art. 1589.

(4) Dalloz, *Enreg.*, t. 13, p. 159, Ediz. Tarlier. Merlin, Rép., *Vente*, § 9, n. 1, *bis*.

re proposta, e intorno alla quistione di sapere da quale epoca datasse l'acquisto della proprietà in Sabuguet, fu giudicato con la precitata decisione, che datava da una sentenza del 30 Agosto 1814, *disponente l'immissione in possesso degli immobili venduti*.

131. Ma sotto gli altri rapporti, la promessa di vendere sinallagmatica, dev'essere parificata alla vendita.

Quindi la corte di cassazione ha giudicato, che il termine di due anni, dentro il quale dev' essere intentata l'azione rescissoria della vendita, decorre dall' atto notariale passato in sequela di questa promessa (1).

Questa decisione mi sembra inreprensibile. Essa è fondata sulla combinaziune esatta degli art. 1589 e 1676. In fatti, siccome la promessa di vendere e di comprare, produce una obbligazione di consegnare la cosa, e di pagare il prezzo, nel giorno nel quale vien passata, nasce l' azione per farsene liberare.

132. Poichè la promessa di vendere è equivalente alla vendita, si deve dire che è suscettibile delle medesime condizioni sospensive e resolutive della vendita. È anzi assai spesso condizionale.

Si trova nelle decisioni di Colmar, un caso nel quale la promessa di vendere era subordinata alla condizione sospensiva, che uno dei contraenti sposerebbe la figlia dell'altro (2).

Ecco altri esempii.

Un tal Pélisson, fece a un certo Commandeur una promessa di vendere in tal modo concepita: « *Se Pélisson* « *si decido ad alienare* la terra che gli « rimane nel luogo detto di Molard-« Bresson, promette di passarne con-« tratto di vendita col Commandeur, « in preferenza ed esclusione di chiun-« que altro, per il prezzo di 1,100 fr. »

Ad onta di questa promessa, Pélisson vendè il medesimo immobile a Carriot.

Informato di questo fatto, Commandeur diresse un' azione vendicatoria contro Pélisson, e contro Carriot. Con decisione del 23 Maggio 1829, la corte di Grenoble decise, che la promessa di vendere fatta a Commandeur, non era una promessa del genere di quella di cui si occupa l'articolo 1589 del codice civile; che in tutti i casi sarebbe nulla sotto questo rapporto, come sottomessa ad una condiziune potestativa dell' obbligato (art. 1174, codice civile); che non si poteva considerarla, se non che come concedente a Commandeur un dritto di preferenza, risolventesi in una prestazione di danni ed interessi (art. 1142, codice civile) (3).

La dispositiva di questa decisione è al coperto di ogni critica, ma i motivi sopra i quali si basa non sono ammissibili. Non è vero che la condizione, *se mi decido ad alienare*, sia puramente potestativa dal lato mio, e faccia intieramente dipendere l'obbligaziune dalla mia volontà. Posso esser costretto dalla posizione dei miei affari ad alienare, possono costringermi a farlo i miei creditori, una convenienza mi vi può decidere. Quindi se io prendo questa determinazione,

(1) Decisione del 2 Maggio 1827. Osservo qui poca precisione nell' esposizione dei fatti dato dal decidente. Riferendo la decisione della corte di Parigi, che motivò il ricorso in cassazione, Dalloz chiama *vendita* l' atto primitivo per scrittura privata. Al contrario, riferendo la decisione della cassazione, lo chiama *promessa di vendere*. *Infra*, n. 822.

(2) Decisione del 18 Maggio 1813, t. 10, p. 329.

(3) Sirey, 1829, 2, 177.

sarò obbligato di vendere a voi, non potrò vendere se non che a voi, non potrò paralizzare la mia obbligazione se non che astenendomi dal vendere, e sarò obbligato di vendere a voi se mi decido a vendere (1). Passa una gran differenza tra una simile promessa, e quella che sarebbe contenuta nella condizione *se io voglio* (2). Questa è puramente potestativa, perchè nulla vincola il mio capriccio. Io son padrone di volere o non volere alienare, e se mi decido ad alienare, sono libero di non volervi per compratore; non vi è in somma alcun legame di dritto. Le cose sono molto differenti nell' ipotesi giudicata dalla corte di Grenoble.

Questa corte l' ha così bene conosciuto, che con una evidente contraddizione, ha dato per sanzione all' obbligazione una condanna al rifacimento dei danni ed interessi. Se la promessa fosse stata puramente potestativa, avrebb' ella potuto escire dalla sua radicale nullità per servire di base ad una indennità?

La sola maniera di prendere in considerazione quest'affare, era quella di stabilire, che la promessa obbligava Pélisson, ma che non producendo una trasmissione immediata della proprietà, come avrebbe fatto un contratto di vendita, Pélisson era rimasto proprietario, ed aveva potuto vendere a Carriot; ma che nulladimeno, non avendo adempito la sua obbligazione di fare, era sottoposto alla refezione dei danni ed interessi (3).

Un caso quasi consimile si è presentato dinnanzi la corte di cassazione nella seguente causa:

Mediante atto privato del 13 Ottobre 1821, Dardillac promette di vendere alla vedova Dardillac Bouré, e questa promette di comprare per il prezzo di 1,600 fr., una scuderia con fienile ed un giardino, a condizione che la vendita non avrà luogo che il 14 Dicembre prossimo, se *a quell'epoca Dardillac ne sarà ancora proprietario; perchè se vende la casa, di cui questi oggetti sono una dipendenza, potrà comprendere questi oggetti nella detta vendita*, ed allora il presente atto sarà nullo, e come non avvenuto.

Dardillac non vendè la sua casa. Quindi volle dare effetto alla promessa di vendita della scuderia, e ne chiese il prezzo alla Bouré.

Questa sostenne esser nulla la promessa, siccome fatta sotto condizione potestativa per parte del venditore.

Il 18 Agosto 1826, decisione di Poitiers, che pronunzia la nullità della promessa.

Reca meraviglia il trovare una simile decisione nella giurisprudenza di una corte superiore, altronde molto illuminata. Le nozioni più elementari del dritto bastano per determinare il carattere della condizione apposta alla promessa della quale si tratta, condizione ad evidenza mista, perchè Dardillac non poteva vendere la sua casa, se non trovava un compratore nel termine di due mesi.

In conseguenza, dietro il ricorso in cassazione, questa decisione fu cassata il 17 Dicembre 1828 (4).

133. Nella guisa istessa che la promessa di vendere può essere condizionale, può anche essere a termine.

Ne vedemmo un esempio nel caso precedente. Dardillac aveva promesso di vendere tra due mesi; la vendita doveva succedere il 14 Dicembre.

A datare adunque soltanto dal 14

(1) *Supra*, n. 52.
(2) *Supra*, n. 51.
(3) *Supra*, n. 130. Opinione di Toullier.
(4) Sirey, 1829, 1, 265.

Dicembre, Dardillac poteva esigere il prezzo, e la compratrice richiedere la tradizione.

La corte decise che una tal clausola era valida, sebbene Odilon-Barrot avesse sostenuto il contrario nell'interesse della vedova Bouré (1).

134. Se le parti vogliono sciogliersi da una promessa scambievole di vendere, sono in facoltà di farlo, nè si potrebbe considerare questo scioglimento come una retrocessione della proprietà; i terzi che avessero ipoteca generale sopra tutti i beni di quello al quale la promessa fosse stata fatta, non potrebbero farne lagnanza; e se pretendessero che la loro ipoteca, o legale, o giudiciale seguisse l'immobile anche nelle mani del promittente ormai liberato dalla sua obbligazione, sarebbero infallibilmente condannati, perchè l'immobile non fu mai proprietà del loro debitore. Duranton ha sostenuto il contrario, perchè imbevuto della falsa idea che la promessa di vendere trasferisca sempre la proprietà, come il contratto di vendita medesimo (2).

Se colui al quale la promessa è stata fatta, non si presenta all'epoca indicata per fare il passaggio del contratto, è d'uopo distinguere, se vi è un termine prefisso, o se la convenzione non contiene alcun termine.

Nel primo caso, la convenzione si risolve di pieno dritto, ed il promittente è liberato.

Nel secondo caso, devesi tenere il sistema che abbiamo tracciato al num. 117.

(1) Sirey, *loc. cit.*

(2) T. 16, Ediz. Tarlier, t. 9, n. 58, p. 86.

ARTICOLO 1590.

Se la promessa di vendere è stata fatta mediante caparra, ciascuno dei contraenti è in arbitrio di recedere dal contratto;

Quegli che l'ha data, perdendola, e quegli che l'ha ricevuta, restituendo il doppio.

SOMMARIO.

135. Quando la promessa di vendere è stata fatta mediante caparra, non è obbligatoria. A quali condizioni è permesso liberarsene.

136. Se la cosa perisce, la caparra dev'essere restituita. Lo stesso succederebbe, se le parti rinunziassero alla promessa con mutuo consenso.

137. Quando la promessa è eseguita, la caparra s'imputa nel prezzo.

138. Non solo la promessa di vendere, ma anche la vendita istessa può esser fatta mediante caparra. Influenza della caparra sul contratto di vendita nel dritto Romano. Dimostrazione dal dritto antigiustinianeo, seguito nelle Gallie fino all'anno 1115. La caparra è un segno della perfezione della vendita, e le parti non possono recederne. Giustiniano trasforma la caparra in disdetta. Confutazione degli autori che hanno negato questo fatto.

139. Esposizione dell'antica giurisprudenza. Opinione di Domat, di Mainarde, di Pothier. Testi degli statuti. Decisioni sopra questa materia.

140. Stato delle opinioni sotto il codice civile. Grenier, oratore del tribunato, avverte che la caparra in caso di vendita equivale a disdetta. Opinione contraria di Malleville, Pardessus, Delvincourt e Duranton. Decisione di Colmar, neutra sopra la quistione. Altra decisione più concludente, nel senso di Pothier.

141. Cosa si debba pensare in mezzo a questo conflitto. Primieramente, nel dubbio, si deve supporre che vi sia stata una promessa di vendita, piuttosto che una vendita consumata. *Quid*, se è provato che la vendita è accaduta? Distinzioni.

142. Se la vendita è sottomessa ad una condizione sospensiva, la caparra è una semplice disdetta. Critica di una decisione di Colmar del 1813.

143. Se la vendita è sottomessa ad una condizione resolutiva potestativa, la caparra non rappresenta se non che dei danni ed interessi. Ragione speciale di questa soluzione.

144. *Quid*, nel caso in cui la vendita è pura e semplice. Primo caso, nel quale si suppone che si tratti di una vendita d'immobili. Resoluzione che la caparra è sola un acconto sul prezzo.

145. Secondo caso, nel quale si tratta di una vendita di mobili. Medesima soluzione. Risposta all'analogia che si vorrebbe stabilire tra la vendita, e la promessa di vendere.

COMENTO.

135. Il nostro articolo costituisce un'eccezione al principio dichiarato nell'art. 1589. Egli prescrive che quando la promessa di vendere è stata fatta mediante caparra, cessa di essere obbligatoria, se una delle parti desidera liberarsene. Ciò che resulta da questo scioglimento del contratto si è, che se quegli il quale si libera ha dato la caparra, la perderà; se al contrario l'ha ricevuta, dovrà restituire il doppio (1). Tale è l'effetto che la legge annette di dritto alla stipulazione della caparra. Nulladimeno è permesso alle parti di regolare in un modo differente, col mezzo di una espressa convenzione, le conseguenze di questa stipulazione (2).

Per tal modo adunque, quando la promessa di vendere è fatta mediante caparra, rimane sospesa finchè le parti non sono escite dai termini di una semplice promessa, per fare un contratto definitivo. Vi è sempre tempo a pentirsi, e si reputa che il promittente e l'accettante, abbiano convenuto che la mancanza di adempimento si risolverebbe in una semplice prestazione di danni ed interessi, de'quali la caparra è la misura.

136. Se la promessa divenisse ineseguibile, perchè la cosa fosse perita, o per qualunque altro avvenimento di forza maggiore, la caparra dovrebbe essere restituita (3).

Sarebbe lo stesso, se le parti rinunziassero alla promessa con reciproco consenso (4).

137. Quando la promessa è ridotta ad esecuzione, la caparra si detrae dal prezzo.

138. Non solo nella promessa di vendere, ma nella vendita stessa, talvolta si dà la caparra; anzi ciò accade sovente nelle fiere (5), nei pubblici mercati, e nelle vendite di derrate, di bestiami, ed altri oggetti mobili.

Si dimanda qual'è l'influenza della caparra sul contratto di vendita.

Nel dritto Romano, quale esisteva innanzi Giustiniano, la caparra (6) veniva considerata come una prova della perfezione della vendita, e mai come un mezzo di sfuggire alle azioni che essa produceva. « Quod arrhæ nomine datur, dice Cajo (7), argumentum est emptionis et venditionis contractæ; » ed il medesimo giureconsulto lo ripete in altri termini nella leg. 35, Dig. *De cont. empt.* - *Ut evidentius probari possit conveniri de pretio.*

Questa regola di dritto era con-

(1) Disc. del tribuno Faure. Locré, t. 7, p. 90, Ediz. Tarlier.

(2) Portalis, *Exposé des motifs*. Locré, t. 7, p. 69.

(3) Delvincourt, t. 7, p. 114.

(4) Cujac., sulla leg. 17, C. *De fide inst.*

(5) Ved. un esempio, Merlin, Rép., V *Vente*, § 1, art. 3, n. 3.

(6) Ved. sulla caparra Cujac., *Observ.*, lib. XI, cap. 17, e sulla l. 17, C. *De fide inst.*

(7) Com. 3, n. 139.

forme al senso etimologico della parola *arrha*, la quale viene dal greco Ἀρραβὼν (*reliquum*). Per questa ragione veniva impiegata per denotare, *ut reliquum reddatur* (1).

Talvolta la caparra consisteva in danaro, tal'altra in un oggetto mobile, come per esempio, un anello (2). Quando consisteva in danaro, veniva detratta dal prezzo; nell'altro caso, dopo l'esecuzione del contratto si ripeteva la cosa (3).

E siccome il contratto, tostochè era formato, non poteva risolversi che in sequela del mutuo dissenso, ne risultava che uno dei contraenti non poteva, neppure col sacrifizio della caparra o del di lei valore, liberarsi dalla vendita da lui consentita (4). Noi vediamo praticata questa giurisprudenza nelle Gallie, e nell'impero d'Occidente, o dai capitolari di Carlomagno (5), o dalla legge Bavara (6) e dei Visigoti (7), o dietro l'autorità d'Ivone (8), che fu vescovo di Chartres nel 1090, e morì nel 1115 (9).

Vi è una gran quistione tra gl'interpetri, per sapere se Giustiniano ha modificato questa disposizione di dritto, e se ha voluto che le parti potessero dispensarsi dall'adempier la vendita anche perfezionata, l'una col perdere la data caparra, l'altra col restituire il doppio di quella ricevuta.

Una viva discussione si è impegnata a questo riguardo sul proemio del Tit. delle Inst. *De cont. empt.* Cino, Alberico, Saliceto, Gomès, Zazio e Fachiuèo (10), professavano l'affermativa, e quest' opinione è riportata da Ducaurroy nella sua eccellente opera *Les Institutes expliquées.* Egli crede che la caparra, la quale nell'antico dritto indicava sempre un contratto perfetto, ed era un vincolo di più per la sua esecuzione, abbia preso nel'a legislazione di Giustiniano il carattere di una disdetta (11).

Al contrario Veissembach (12), Vinnio (13), Pothier (14), Despeisses (15), Voët (16), Guyot (17), e finalmente Cujacio (18), d'accordo con Bartolo, Paolo di Castro, Fabio di Monte, etc., rigettavano questa opinione. Essi dicevano che dovevansi distinguere due specie di caparra, l'una delle quali serviva a denotare *una vendita perfetta*, mentre che l'altra non era se non che una specie di disdetta, o di pena stabilita contro chiunque ricuserebbe di concludere una vendita convenuta, ma *ancora imperfetta*; che solamente nel caso in cui il contratto era stato proposto ma non concluso, era permesso, a forma dei testi di Giustiniano, recederne mediante la perdita o la restituzione della caparra; ma che la cosa era diversa quando la

(1) Varrone, *De lingua latina*, IV, 36. Pothier, Pand., t. 1, n. 49.

(2) Ulpiano, l. 11, § 6, *De act. empt.* Plinio, l. 33, c. 1.

(3) Medesima legge. Voet, *De cont. empt.*, n. 25. Pothier, *Vente*, n. 507.

(4) Ducaurroy, *Inst. expl.*, n. 1035.

(5) Lib. V, c. 363, Ediz. di Baluzio, t. 1, p. 901. « Qui arrhas dederit pro quacumque re, pretium cogatur implere quod placuit emptori. »

(6) T. 15, c. 10. de Savigny (*Hist. du droit au moyen age*, t. 2, p. 72).

(7) Lib. V, t. 4, c. 4. Sopra questa legge, Ved. de Savigny, *loc. cit.*, p. 54 e seg.

(8) Part. 16, c. 286.

(9) Ved. de Savigny, *loc. cit.*, p. 246.

(10) *Cont.*, lib. 11, c. 24. Cita tutti gli autori.

(11) Ducaurroy, n. 1036.

(12) Parat., sul tit. *De cont. empt.*, n. 9.

(13) Sul tit. delle Inst. *De cont. empt.*

(14) Pothier, *Vente*, n. 501.

(15) T. 1, p. 14, col. 2.

(16) *De cont. empt.*, n. 25.

(17) Merlin, Rép., V *Vente.*

(18) Sulla legge 17, al C. *De fide inst.*

vendita era perfetta, perchè allora il compratore poteva essere costretto a pagare il prezzo, ed il venditore a consegnare la cosa, sotto pena di tutti i danni ed interessi.

La prima opinione mi sembra preferibile alla seconda, e non esito un istante ad adottarla.

Cujacio, Vinnio, Pothier, etc., non possono infatti sostenere la loro distinzione, se non che correggendo ad arbitrio il testo delle Instituzioni, o almeno denaturando il vero significato delle parole (1). Ma, preso in sè medesimo, e senza preoccupazione, questo testo è chiaro, nè presenta alcuna ambiguità. Esso abbraccia espressamente le vendite perfette e le imperfette, ed attribuisce il medesimo effetto alla caparra aggiunta alle prime, come alle seconde. Dirò dunque con Fachinèo: « Et cum iis legibus specia- « liter, in proposito casu, decisum sit, « et satis clare, quid statuendum, non « puto interpretatione ac disputatio- « ne hanc rem in dubium revocari « posse (2). »

139. Nell' antica giurisprudenza, Domat si formava sulla caparra una opinione conforme al significato che noi attribuiamo alle decisioni di Giustiniano. « Se non vi è una convenzio- « ne espressa che regoli l'effetto della « caparra contro chi mancherà all'e- « secuzione *della vendita*, se questi è « il compratore, perderà la caparra, e « se è il venditore renderà la caparra, « e poi altrettanto (3). »

Mainardo (4) considerava la cosa sotto il medesimo punto di vista, quando diceva: « Altra cosa è *la ca- « parra data in una vendita*, rilascian- « do la quale il compratore rimane li- « bero da ogni obbligazione; altro è « *una somma sborsata per principio « di pagamento*, nel qual caso il com- « pratore può essere costretto a per- « fezionare il contratto. »

D' onde deriva che secondo questo dotto magistrato, quello che si dava a titolo di caparra era cosa ben diversa da quello che veniva dato a titolo di acconto sul prezzo.

Da un'altra parte tutti sanno cosa pensava sopra tal proposito Pothier, l' autorità del quale è tanto grande, perchè il suo spirito è così giusto, così chiaro, e così preciso (5).

In quanto agli statuti, ecco cosa ho riscontrato sulla nostra difficoltà.

L' art. 197 dello statuto di Bar, disponeva così: « Il venditore del vino « non sarà tenuto di custodirlo per « un tempo maggiore di quindici gior- « ni, e il compratore *perderà la sua « caparra*, se non lo prende dentro « questo tempo, tanto se il detto vino « è rivenduto, come se non lo è, etc. »

L' art. 278 dello statuto di Laon, diceva esso pure: « Le mercanzie « vendute debbono asportarsi dentro « venti giorni, se non vi è diversa

(1) Il testo dice: *Sive in scriptis, sive non scriptis venditio* CELEBRATA EST. Vinnio l' interpetra come se dicesse *celebrari cœpta est*. Egli spiega *adimplere*, nel senso di *perficere*. Anche Pothier adotta queste due interpetrazioni (*Vente*, n. 508). Ma ciò si direbbe indovinare anzichè spiegare.

(2) *Cont.*, lib. II, c. 28.

(3) P. 40, col. 2, n. 5.

(4) T. 2, p. 491.

(5) Pothier, nonostante è caduto in Germania in un gran disfavore. Ma questo non farà mai molti progressi in Francia, perchè (come l'ha detto il conte de Maistre) noi apprezziamo moltissimo l'aggiustatezza di spirito, e Pothier è eminentemente dotato di questa qualità, sebbene lasci molto a desiderare sotto il rapporto delle cognizioni istoriche, e della profondità filosofica, tanto ricercata dai Tedeschi. (Ved. Pref. n. 1.)

« convenzione, e non facendolo nel « detto termine, la caparra è perduta, e il venditore può collocare altrove la sua mercanzia. »

Finalmente lo statuto di Reims conteneva una simile disposizione : « Ogni compratore di vino od altra « mercanzia, deve nei venti giorni, a « datare dalla compra, asportare la « detta mercanzia ; altrimenti *la caparra sarebbe perduta*, ed il venditore non sarà tenuto di consegnarla, se non vuole. »

Fin qui tutto sembra favorire il sistema che considera la caparra come una disdetta: ma l'articolo dello statuto di Reims, aggiunge il § seguente, il quale si oppone a questa idea: « Nulladimeno il venditore po« trà a suo piacere citare in giudizio il « compratore pel rifacimento dei suoi « danni ed interessi. »

Ed il medesimo uso trovavasi stabilito sotto l'impero degli statuti di Sens (art. 256), di Châlons (art. 218), e d'Auxerre (art. 141) (1).

In tal guisa adunque, nonostante la caparra, il venditore può a piacere richiedere al compratore la refezione dei danni ed interessi! La caparra non è la misura della riparazione alla quale il venditore ha dritto! egli può esigere dal compratore l'adempimento di una obbligazione più estesa!!!

Ma se egli può chiedere qualcosa più della caparra, se la caparra non è il limite al quale le sue pretensioni debbano circonscriversi, è forza concluderne, che il suo dritto non ha altri confini che quelli tracciatigli dal contratto; quindi egli può chiedere la esecuzione della vendita, e preferire alla risoluzione l'azione personale. che ha per iscopo di costringere il compratore a ricevere la tradizione. In altri termini, la caparra non ha più il carattere di disdetta, e tal conseguenza mi sembra di una luminosa evidenza.

Nè ci dobbiamo meravigliare di vedere nei nostri statuti delle abitudini tanto contrarie alle idee di Giustiniano intorno alla vendita mediante caparra, perchè è noto che il dritto antigiustinianeo era osservato sopra questa materia nelle Gallie, che se ne trovano delle tracce evidenti fino nel XII secolo (2), ed è ben naturale che si sia conservato nella maggior parte delle nostre province per costituire gli usi locali che hanno servito di base alla compilazione degli statuti (3).

Non so ove Vinnio e Pacius, abbiano trovato che in Francia si seguiva l'opinione che trasformava la caparra in disdetta; questi autori stranieri, mal conoscevano senza dubbio i nostri statuti, i di cui testi già citati, sono positivi per contraddire le loro asserzioni; forse hanno creduto alle parole di qualche autore, che come Domat o Mainardo professava le dottrine contenute nella legislazione di Giustiniano.

Per ciò che concerne la giurisprudenza, essa non offre che pochi ed inutili documenti.

Bonifacio riferisce così una decisione del parlamento di Provenza, del 14 Giugno 1645:

« Se un mercante, fatto l'accordo

(1) Art. 400. Ved. *infra*, n. 675 e 680, alcune nuove induzioni tratte da questi statuti.

(2) *Supra*, n. 148.

(3) Non bisogna confondere con la caparra il *danaro di Dio* (*denier a Dieu*), che Pothier chiama erroneamente *danaro d'addio* (*denier d'adieu*), e che considera come caparra simbolica (*Vente*, n. 510). Natura delle caparre è l'esser sempre imputate nel prezzo, mentre il *danaro di Dio* non vi s'imputava mai, ed era considerato come un regalo, o dovevasi impiegare in qualche opera pia. (Boucher d'Argis. Rep. di Merlin, V *Denier à Dieu.*)

« per atto pubblico con altro mercante, di comprare da lui una « gran quantità di pelli che dovevano « esser consegnate dentro un certo « tempo, contro il pagamento del « prezzo convenuto, e che aveva dato « 24 scudi di caparra, dovesse perdere la detta caparra, dietro la richiesta che fece dei 24 scudi, molto « tempo dopo lo spirare del termine.

« La dimanda dell'attore fu rigettata, sebbene sostenesse che aveva « verbalmente ricercato il venditore, innanzi lo spirare del termine, « per la consegna delle surriferite « pelli, pagando il prezzo, ovvero « per la restituzione della caparra. La « decisione è fondata sulla legge *quicumque*, § 15, Dig., *De inst. act.* (1). »

Questa decisione non ha quasi alcun rapporto con la quistione, perchè fu proferita in un caso nel quale il venditore erasi contentato dell' indennità dei 24 scudi dati a titolo di caparra, e non aveva insistito per l'esecuzione della vendita. Io non conosco alcun' altra decisione emanata sopra tal materia (2).

140. Cosa deve decidersi sotto l'impero del codice civile?

Secondo uno squarcio del rapporto di Grenier tribuno, al corpo legislativo (3), sembra che debba statuirsi per la caparra che accompagna la vendita, quello che decide l'art. 1590 per la caparra che accompagna la promessa di vendere.

« Le idee non erano stabilite sopra « tal soggetto, egli dice. *Gli usi variavano* (4); ma in avvenire non vi saranno più difficoltà. La tradizione, « ed il ricevimento della caparra, determinano il carattere e l' effetto « dell' obbligazione, RIDUCENDOLA AD « UNA SEMPLICE PROMESSA DI VENDERE, « da cui si potrà recedere, secondo « le condizioni stabilite nella convenzione. »

Ed infatti, si può soggiungere, se una promessa di vendere, scambievolmente obbligatoria, a tenore dell'art. 1589 del codice civile, cessa di esserlo quando vi è aggiunta caparra, perchè la vendita non perderà nel medesimo caso il suo carattere d' irrevocabilità? Perchè non potremo sottintendervi la condizione di potersi pentire?

Nulladimeno, Pardessus, d'accordo con Malleville (5), ha riportato l'opinione di Pothier senza discuterla.

Egli si parte dalla distinzione tra la caparra data per sicurtà di una vendita progettata, e quella per maggior sicurezza di un contratto concluso (6).

Delvincourt è del medesimo sentimento. Dopo avere esposto l'articolo di dritto riguardo alle promesse di vendere, soggiunge: « *Secus*, se fosse « la vendita (che fosse accompagnata « da stipulazione di caparra), non « sarebbe più in facoltà delle parti di « recederne. La caparra sarebbe considerata *come un acconto sul prezzo*, ossivvero come un pegno della « sicurezza del pagamento, se consistesse in un corpo certo.

« Ma nel dubbio, se vi è stato contratto di vendita, o semplice promessa, tostochè si è data una caparra, devesi piuttosto presumere

(1) T. 2, p. 212, Decis. di Provenza. Questa legge non mi sembra molto concludente.

(2) Ved. Brillon, Diz. delle Decis., V° *Arrhes*. Non accenna verun'altra decisione.

(3) Locré, Ediz. Tarlier, t. 7, p. 109.

(4) *Gli usi!* è dir troppo. Grenier sarebbe stato più esatto dicendo: *le opinioni variavano*. (Ved. n. preced.)

(5) Sull' art. 1590.

(6) Pardessus, n. 295.

« che vi sia stata una semplice promessa (1). »

Duranton abbraccia l' opinione di Delvincourt (2). *Egli non scorge alcuna difficoltà* nell' asserire, almeno secondo il codice, che nelle vendite conchiuse o stipulate, la dazione della caparra non autorizza le parti a disdirsi: giacchè l' art. 1590 non attribuisce il carattere della disdetta, fuori che alla caparra data nella promessa di vendere (3).

La decisione di Colmar, del 19 Giugno 1814 (4), fu spesso invocata a conferma della prima parte dell' opinione di Delvincourt, e come invalidazione della seconda; ma questa citazione non è esatta. La decisiono della quale si tratta è intervenuta in circostanze particolari, che hanno posto la corte in grado di pensare che quanto era stato dato dall' acquirente era un acconto sul prezzo, e non una caparra, giacchè questa parola non era stata proferita dalle parti. In tal modo si ritornava al punto di vista esposto da Mainardo.

Ecco il fatto. Sengel di Strasburgo, vende a Daniele Kretzinger, beccajo in detta città, una vacca grassa; Kretzinger promette riceverla alla seguente Pasqua, per il prezzo di 1416 franchi, *sul quale* (si dice nel fatto ritenuto per costante dalla sentenza del tribunale e non controverso), *sul quale ha pagato* 24 *fr.*

Al punto di prendere la tradizione, sopravvenne improvvisamente un forte ribasso nel prezzo dei bestiami. Kretzinger si presentò a Sengel nella settimana di Pasqua, per notiziarlo che rinunziava al contratto, acconsentendo perdere i 24 franchi. Secondo il suo sistema, non vi era stato se non che una *semplice promessa di vendere*, corroborata dalla numerazione di 24 fr. di caparra, e perciò egli credeva di potersene liberare in conformità dell' art. 1590 del codice civile, tanto più che, secondo una consuetudine certificata in un atto di notorietà, sottoscritto da' beccaj di Strasburgo e di Colmar, « le compre di « bestiami si facevano tanto al mer- « cato, quanto presso i particolari, « *mediante lo sborso di una caparra*, « in modo tale, che il contratto pote- « va risolversi, rinunziando alla ca- « parra, o raddoppiandola. »

Sengel, al contrario, pretendeva che vi era stata vendita perfetta; che i 24 fr. erano stati dati *a titolo di acconto sul prezzo, e non a titolo di caparra;* che perciò, l'art. 1590 non era applicabile; che il certificato dei beccaj di Colmar e di Strasburgo non poteva essere di veruna considerazione, perchè, durante il blocco, quasi tutti avevano fatto dei contratti simili a quello di cui Kretzinger chiedeva la rescissione, ed il loro interesse era lo stesso per liberarsene. E concludeva dovesse il suo avversario ritirare la vacca, pagando il rimanente del prezzo.

Il tribunale di commercio di Strasburgo, considerando che vi era stata vendita perfetta; che la proprietà era

(1) T. 7. p. 114.

(2) T. 16, Ediz. Tarlier, t. 9, n. 50.

(3) Quando Duranton asservera che non *vi sono difficoltà* in questo modo di vedere, non fa abbastanza caso della legislazione di Giustiniano, delle opinioni divergenti che abbiamo riferite sotto l' antica giurisprudenza, delle dottrina di Grenier, organo del tribunato, e risolve le quistione con troppa fretta.

(4) Questa decisione è riferita incompletamente da Sirey (15, 2, 10). In oltre o' è male indicata l' epoca. Trovasi distintamente riferita nella raccolta di Colmar, t. 10, p. 127.

stata trasferita a forma dell'art. 1583; che Kretzinger concordava che il contratto era stato concluso per la somma di 1440 franchi, *sopra i quali aveva pagato* 24 *fr.*, accordò a Singel le sue conclusioni, e in seguito dell'appello, la decisione dei primi giudici fu confermata in tutte le sue parti.

Questa decisione lascia la nostra quistione pressochè indecisa. Dessa si basa evidentemente sul fatto che a lato di una vendita perfetta si trovava la confessione di Kretzinger, che *sul prezzo di* 1440 *fr. aveva pagato* 24 *fr.*; in altri termini, che quest' individuo confessava che questi 24 fr. non erano stati dati colla qualificazione di caparra, ma a titolo di acconto. Leggendo la discussione, si acquista convinzione che questo fatto dominava tutta la causa, e che i principali sforzi di Singel convergevano verso di esso. per impedire l' applicazione dell' art. 1590 del codice civile.

Ma ecco un'altra decisione di Colmar del 15 Gennajo 1813, che mi sembra assai più concludente, e che autorizza l' opinione di chi vuole che quando si tratta di vendita perfetta, la tradizione ed il ricevimento della caparra non permette liberarsene.

Frech vende verbalmente ad Hummel un prato per il prezzo di 1,248 fr., a condizione che il contratto verrebbe passato al più tardi a S. Martino del 1808. Hummel gli rimette 48 fr., che Frech pretende aver ricevuti a titolo di caparra. Scorso il giorno di S. Martino senza che il contratto autentico fosse disteso, Frech sostiene essere autorizzato a ritenere i 48 fr. di caparra, ch' egli è ormai sciolto di ogni obbligo, e che ebbe facoltà di rivendere il prato ad un tale Schott.

Al contrario Hummel intenta azione contro Frech per fargli passare contratto, ed in sussidio domanda 2,400 fr. di danni ed interessi.

Egli dice in sostanza: Frech ha confessato all' uffizio del giudice di pace, che vi fu vendita verbale. La condizione che ne sarebbe passato contratto, non impedisce che la vendita fosse perfetta ed obbligatoria (1).

Rapporto ai 48 fr. di caparra, si deve fare la distinzione di Pothier, tra la caparra che si dà innanzi la conclusione del contratto, e quella che si dà dopo la conclusione (2). Qui si tratta di caparra della seconda specie, ed è il caso di dire con quello scrittore: « La caparra che dà il compratore, « consiste talvolta in una somma di « danaro, e questa si reputa data a « conto del prezzo che il compratore « si obbliga di pagare, e deve esservi « computata (3). »

Sopra questo dibattimento, nacque decisione così concepita:

« Attesochè la scrittura non è del« l'essenza della vendita, e che nel « caso presente Frech ha confessato « all'uffizio di pace, aver venduto ad « Hummel il prato controverso;

« Attesochè vana sia la pretesa di « Frech, di aver venduto ad Hummel « condizionalmente, cioè che ne sareb« be passato contratto al giorno di S. « Martino, e che Hummel essendosi « ricusato di farlo, l'aveva col suo ri« fiuto sciolto dalla sua parola; che « in conseguenza egli aveva avuto « dritto di ritenere i 48 fr. di caparra « che aveva ricevuti; poichè l' errore « di Frech a tal riguardo è palpabile. « Non è una promessa di vendere, ma « una vendita perfetta che egli ha po-

(1) *Supra*, n. 19.
(2) N. 498, e 506.
(3) N. 507.

« sto in essere con Hummel; *non è* « *una caparra che gli fu data, ma un* « *acconto sul prezzo*, e la clausola « resolutiva in una convenzione, non « ne opera di pieno dritto la resolu- « zione. Quindi, tostochè Frech non « poteva più far godere Hummel del « benefizio della vendita fattagli, era « divenuto passibile dei danni ed inte- « ressi resultanti dall'inadempimento « della convenzione (1). »

Da ciò resulta, che la corte parifica i 48 fr. di caparra (2), ad un acconto sul prezzo. È chiaro che tal decisione è basata sulle idee di Pothier, e condanna il sistema della disdetta (3).

141. È ora tempo di abbandonare queste autorità, e di esaminre la quistione dietro la scorta delle nostre proprie convinzioni.

E primieramente si allontani l'idea dei giureconsulti Romani, i quali scorgevano nella caparra una prova della vendita, *argumentum emptionis et venditionis contractæ*, perocchè essa non sia più ammissibile, dopo che è stata data spesso la caparra egualmente per dei contratti progettati che per dei contratti conclusi.

Come prova di una vendita perfetta, la caparra non ha dunque più alcun significato. Sola, e senza il concorso di altre circostanze, dessa non somministra verun elemento di convinzione per istabilire che un contratto fu concluso (4).

Io credo anzi con Delvincourt, che nel dubbio, se la vendita esista o non esista, sia più razionale il decidersi per l'opinione che non vi è altro che un semplice progetto di vendita. Infatti può dirsi da un lato, che le parti non avendo comprovato in iscritto la loro obbligazione, vi sia motivo a presumere che nulla vi è stato di definitivo, e che se si è data una caparra, si è data precisamente nella mira di sollecitare una conclusione. Può altresì aggiungersi, che la stipulazione di una caparra si ammette alle semplici promesse, o alle convenzioni che attendono un complemento, piuttostochè agli atti già perfetti. Ne abbiamo la prova nell'art. 1590 del codice civile, il quale parla della caparra a proposito della promessa di vendere, ma nulla affatto come accessoria delle vendite perfette. Ora, siccome le presunzioni s'inducono *ex eo quod frequentius fit*, se ne deve concludere, che nel dubbio debba piuttosto supporsi una semplice promessa, che una vendita perfetta.

Ma se fosse provato, col mezzo o della confessione, o di uno scritto, o di una prova testimoniale, che una vendita definitiva è accaduta, cosa ne dovremo decidere? Facciamo qui alcune distinzioni (5).

O la vendita è sottomessa ad una condizione sospensiva, o è sottomessa ad una condizione resolutiva, o è pura e semplice, ma a termine.

142. Se è sottomessa ad una condizione sospensiva potestativa, o mista, come per esempio, vi vendo il mio molino di Drouviller, se sposate mia figlia dentro sei mesi, la caparra che mi avrete dato sarà una disdetta, e costituirà i soli danni ed in-

(1) Colmar, t. 10, Decisioni, p. 69.

(2) La parola caparra, era ognora pronunziata dalle parti. Non si doveva far altro che interpetrarla.

(3) Io insisto però al n. 142, sul cattivo giudicato di questa decisione.

(4) Pothier (n. 510) ne conviene.

(5) La quistione non fu esaminata da alcuno con queste particolarità, e queste vedute. Il lettore, spero sarà convinto della loro utilità.

teressi che io potrò pretendere. Infatti, non è in prova della vendita che abbiamo stipulata quella caparra, giacchè tutti convengono che sotto questo rapporto, la caparra ha un valore insignificante; non è come acconto sul prezzo, poichè, essendo incerto se la vendita si purificherà coll'avvenimento della condizione, non avete inteso di pagare anticipatamente il prezzo; non può dunque essere che come rifacimento di danni ed interessi eventuali. Lo che ci riconduce alla decisione di Colmar, del 15 Gennajo 1813 (1).

Nel caso descritto, vi fu vendita verbale confessata; ma era convenuto di renderla autentica, ed il compratore aveva dato 48 fr. di caparra.

Questa stipulazione della caparra, doveva far supporre che la vendita fosse condizionale, e che l'obbligazione di passarne contratto la tenesse sospesa (2). Una simile presunzione, si uniforma a ciò che abbiamo insegnato al n. 141, ed anche alla opinione di Delvincourt. Quindi la decisione di Colmar doveva essere affatto differente. Ostava alla ragione, il pretendere che si fosse pagato un acconto sul prezzo di una vendita che era sottoposta ad una condizione sospensiva.

In generale può stabilirsi la regola, che data l'esistenza di una vendita, se le parti hanno convenuto di aggiungervi qualcosa, e si è a tale oggetto data una caparra, si abbia prova sufficiente che questo complemento promesso e riservato renda la vendita condizionale.

(1) *Supra*, n. 140.

(2) Ved. *Supra*, n. 19.

(3) L'art. 1657 del codice civile, sottintende questa condizione.

143. *Quid*, se la vendita è sottoposta ad una condizione resolutiva potestativa, come per esempio, vi vendo un diamante pel prezzo di 5,000 fr.; voi mi promettete di farne il ritiro dentro sei mesi, altrimenti la vendita sarà resoluta di dritto (3), e mi date 200 fr. di caparra?

In questo caso non si hanno le medesime ragioni di decidere, come nel caso precedente, perchè la vendita è perfetta; la proprietà si reputa trasferita anche innanzi la tradizione della cosa, ed il pagamento del prezzo; finalmente il pericolo concerne il compratore. Nullostante deve dirsi che la caparra non rappresenta se non che un risarcimento di danni ed interessi.

La ragione della qual cosa è evidente, perocchè la resoluzione è la legge del contratto, e resulta dalla forza istessa del patto, del quale le parti hanno espressamente convenuto. Dessa non è una conseguenza necessaria e tacita della dazione della caparra. Perchè quand' anche non vi fosse caparra, la vendita non cesserebbe di essere resoluta di dritto. La caparra non è adunque che il quantitativo, anticipatamente previsto, dei danni ed interessi dovuti al venditore per mancanza di ricevimento. Sarebbe come se le parti avessero detto: « Altrimenti la vendita sarà di dritto « resoluta; io potrò vendere ad altri « il mio diamante, e nullameno voi « pagherete 200 fr. di danni ed in« teressi. »

In tal guisa precisata dalla convenzione, è facile comprendere che la stipulazione della caparra non presenta alcun imbarazzo.

Ma il venditore in possesso della cosa, potrà rinunziare al contratto restituendo il doppio? Io non potrei

opinarlo, sebbene in generale la convenzione della caparra sia reciproca (1). Imperciocchè qui non potrebbesi invocare la reciprocità, fuorchè per un equivoco evidente. Quando infatti si tratta di promessa di vendere con caparra, si comprende sul momento che il compratore avendo la facoltà di disdirsi, è necessario per rimaner fedele all' eguaglianza, base di questo genere di contratti, che il venditore goda del medesimo privilegio. Ma nella nostra ipotesi la cosa è ben diversa. Il compratore veramente non si disdice. Lo scioglimento del contratto è stipulato, non come un vantaggio per lui, ma come una pena in favore del venditore, e di più questa pena è aggravata da dei danni ed interessi. Ciò posto, non è egli manifesto che se si aggiunge a tali dritti rigorosi, dei quali il venditore è investito, il dritto molto più esorbitante di liberarsi dal contratto a suo piacimento, si porteranno tutti i vantaggi dalla sua parte, invece di repartirli con giusta misura di reciprocità? È forza dunque ammettere che il venditore sia tenuto ad eseguire la vendita che volle consolidare nell' interesse suo con tante guarentigie, e che la sua obbligazione resti soggetta al dritto comune. Il compratore non dev' essere lasciato senza protezione.

144. Scendiamo al caso, in cui la vendita è pura e semplice.

Se la vendita si eseguisce subito, non vi si può annettere stipulazione di caparra. Questa non può esservi collocata, se non che quando è differita nella sua esecuzione.

(1) Art. 1590, e Legislazione di Giustiniano.

(2) E la casa ritornerebbe al venditore col corteggio delle ipoteche di cui fosse stata gravata nelle mani del compratore.

Vediamo primieramente il caso della vendita di un immobile. Vi vendo il mio molino di Dronviller, per il prezzo di 1000 fr., che mi pagherete nel prossimo giorno di S. Martino, e mi date 200 fr. di caparra.

Sarebbe ben difficile comprendere in qual modo il compratore potrebbe disdirsi perdendo la sua caparra. La vendita è perfetta, essa fa passare *recta via* la proprietà nella persona del compratore; ne lo investe di dritto, e senza il soccorso di alcun atto emanato dalle parti. Disdirsi sarebbe dunque lo stesso che abdicare la proprietà, riportarla nella persona del venditore, fare insomma una nuova vendita (2)! Ma il compratore potrebbe da sè solo operare questa retrocessione della proprietà? Non sarebb'egli necessario che il consenso del venditore si unisse al suo? Ebbene! nulla meglio di questo prova l' impossibilità di parificare la caparra ad una disdetta, nel caso che ci occupa. Imperocchè una disdetta è perfetta per la sola volontà di quegli dal quale emana, qualunque sia d'altronde l'opposizione della parte avversa. Qui al contrario è indispensabile un contratto bilaterale. Infine, uno si può disdire da un' obbligazione, ma non da un dritto di proprietà. Disdirsi da un dritto quesito e consumato, è un' idea che implica contraddizione.

Se la caparra equivale ad una disdetta, occorrerà dunque che il venditore possa recedere dal contratto, restituendo il doppio; perchè in una vendita pura e semplice, in cui le posizioni sono eguali, nè alcuna convenzione speciale modifica il principio che questo genere di contratto è commutativo, non è dato concepire una convenzione di caparra senza reciprocità.

Ebbene! Io dimando qual senso potrebbe avere la caparra come disdetta a profitto del venditore, sotto un sistema che fa di dritto passare la proprietà in testa del compratore? Non si dà caparra, fuorchè quando vi è un pericolo scambievole da temere, un risico comune, contro il quale si vogliono prendere delle precauzioni. È per tal ragione che nella promessa di vendere, la quale non opera di pieno dritto, ed in cui le parti hanno respettivamente a temere delle probabilità d' inadempimento, la caparra ha un' influenza significante ed efficace. Ma nel nostro caso, quale emergente può volersi evitare dal compratore? Non è egli proprietario? Non è investito del dritto reale? Non può perseguitare la cosa nelle mani di ogni terzo detentore? Il venditore non deve dunque dargli alcuna guarentigia, ad eccezione del contratto di vendita.

E quindi si vede, che il venditore non ha neppure la possibilità di liberarsi dalla convenzione. Perocchè questa convenzione l' ha dispogliato in un modo definitivo; la cosa cessò di appartenergli, ed il suo pentimento non avrebbe effetto maggiore di una vendita ch'egli facesse ad un terzo.

È dunque necessario di considerare la caparra come un semplice acconto del prezzo. Poco importano e le autorità delle leggi di Giustiniano, e le definizioni di Mainardo, e la decisione di Domat! Tutto questo è superato dalla forza dei nuovi principii che il codice ha promulgati.

145. Accade forse lo stesso nel caso di una vendita di mobili?

Il compratore non dà ordinariamente caparra, se non che per il ritiro delle cose mobili vendute all'epoca stabilita dal contratto; ma ognuno sa che secondo l'art. 1657 del codice civile, la vendita di simili oggetti, è sempre sottoposta alla condizione resolutiva di pieno dritto per la mancanza di ritiro nel tempo determinato. Di più, nei termini ordinarii del dritto (1), il venditore può rinunziare al suo dritto di resoluzione, e preferire l'esecuzione della vendita.

Se il venditore si attiene alla resoluzione, la conclusione è semplice, ed è compresa in ciò che ho detto al n. 143. Il venditore si appropria la caparra come somma dei danni ed interessi, anticipatamente determinati. E questo è il posto delle autorità degli statuti che ho citate al n. 139. Essi sono positivi, e perfettamente applicabili.

Ma potrà il venditore preferire l'adempimento della vendita alla di lei resoluzione?

A prima vista sembra che il compratore possa dire: ricevendo una caparra, vale a dire una disdetta, o se così vuolsi, dei danni ed interessi, si presume che il venditore abbia rinunziato ad esigere, nella contingenza del caso, l'adempimento della vendita; e sarebbe lo stesso ch'egli avesse anticipatamente dichiarato, che la resoluzione col lucro della caparra otteneva da lui la preferenza. Perciò la sua dimanda di esecuzione e consumazione del contratto non è ammissibile.

Ma questo ragionamento sarebbe basato sopra una erronea presunzione. Il ricevimento della caparra, senza mutare il significato degli atti, non può essere parificato ad una rinunzia. Il venditore ha due dritti paralleli, posti dalla legge a sua disposizione: esso ignora ancora quale sceglierà,

(1) *Inia*, n. 651.

perchè la sua elezione dipende dalle circostanze. Soltanto la diminuzione o l' aumento imprevisto nel prezzo delle mercanzie potranno determinare la sua scelta; e quindi è egli presumibile cho abbia anticipatamente, ed alla cieca abbandonato questo dritto prezioso (1)? Egli è più ragionevole di concludere che abbia accettato la caparra soltanto eventualmente, e per il caso in cui la resoluzione della vendita fosse per lui il partito più conveniente.

E poi, come mai può dirsi che la caparra implichi l' abbandono di un dritto quesito? Non è dessa al contrario un pegno di più dell' esecuzione della promessa? *Arrha sunt veluti pignora* (2). Non interviene essa per fortificare il vincolo, invece d' indebolirlo?

Lo statuto di Reims l' aveva ben compreso, e perciò dichiarava espressamente che il venditore, il quale aveva ricevuto la caparra, poteva pretendere l' esecuzione della vendita, se la resoluzione non gli piaceva (3).

Vi è, sotto il codice civile, una ragione di più, ed è l' effetto traslativo prodotto dalla vendita di pieno dritto. Dal momento che il venditore non vuol far uso del dritto di resoluzione, la proprietà rimane irrevocabilmente stabilita nella persona del compratoro, e vi vorrebbe una nuova vendita, per riportarla in testa del venditore. Ma questa retrocessione è impossibile, perchè atteso la posizione presa dal venditore, l' antica vendita non ha sofferto cho indebolimento da una sola parte, mentre che, per distruggerla, sarebbe d' uopo un mutuo dissenso. Tutto dunque fa ostacolo alla pretensione del compratore; e per quanto fertile sia il genio delle presunzioni, non potrà mai giungere fino a rintracciare nel fatto del ricevimento della caparra, delle congetture sufficienti per fare ammettere che il venditore abbia abdicato il suo dritto di rinunziare alla resoluzione, abbia acconsentito a ricomprare la cosa secondo il capriccio del compratore, in una parola che la caparra abbia tutta la potenza di una ricompra forzatamente eseguita!!!

Per porre questa verità in tutta la sua luce, aggiungeremo un' ultima considerazione.

Dev'egli credersi che se il compratore si presentasse allo spirare del termine per ricevere la tradizione, il venditore fosse in facoltà di prevalersi della dazione della caparra per ricusargliela, mediante il pagamento del doppio della somma ricevuta? Quanto a me, sono convinto che dal lato del venditore, una tal pretensione sarebbe contraria a tutte lo nozioni di giustizia e di stabilità dei contratti.

Ed in vero, mi si presenta qui nuovamente il gran principio che la vendita trasferisce di pieno dritto la proprietà. Ma che! il venditore ha nella sua cantina il vino che mi ha venduto, non l'ha alienato, io ne sono il proprietario, me lo deve consegnare, e non mi deve niento affatto i danni ed interessi; eppure si vorrebbe che egli potesse ritenere una cosa che non

(1) Da ciò può concludersi che questo caso non è intieramente uguale a quello esposto al n. 143. Perchè allora la resoluzione era ESPRESSAMENTE ed unicamente prevista; il venditore non aveva inteso di riservarsi null' altro che la resoluzione, e dei danni ed interessi. Qui, al contrario, è rimasto nei termini del dritto comune.

(2) Cujacio, *Osservaz.*, lib. XI, cap. 17, e sulla legge 17, C. *De fide instrument.*

(3) *Supra*, n. 139.

gli appartiene, e della quale la potenza del contratto lo ha per sua virtù dispogliato ! ! Si vorrebbe questo pel solo motivo della dazione di una caparra ! Ma diciamolo nuovamente, la caparra non viene stipulata per autorizzare l'annichilamento dei fatti consumati, per distruggere dei dritti di proprietà legittimamente acquistati, per dissolvere ciò che è concluso ! ! E finalmente cosa m' interessano i danni ed interessi che mi offrite nella speranza di disinteressarmi per quello che concerne l' azione personale che potrei intentare contro di voi? Mi resta sempre l'azione reale, il *jus in re*, che mi permette d' impadronirmi della cosa che si trova nelle vostre mani per entrarne in possesso.

Il venditore non potrà dunque liberarsi. Ora, se egli ha le mani legate dal contratto, come potrebbe sostenersi che il compratore puro e semplice si trovi in una posizione più favorevole ? Perchè in fatto di caparra disdetta, è necessaria la reciprocità, perchè senza di essa non vi rimarrebbe che un acconto sul prezzo (1).

Dobbiamo dire adunque che la caparra deve da qui innanzi nella vendita perfetta esser considerata come un acconto sul prezzo. Il sistema contrario indicato da Grenier nel suo rapporto al tribunato, non sostiene un severo esame.

Si objetta che se la dazione della caparra rende la promessa di vendere ambulatoria, sembra che per analogia debba succedere lo stesso nella vendita pura e semplice.

Questa objezione sarebbe fondata, se noi professassimo il sistema di Duranton, cioè, che la promessa di vendere trasferisce la proprietà siccome la vendita istessa; ma noi sosteniamo il sistema contrario (2), e precisamente perchè esiste tra la vendita e la promessa di vendere questa differenza capitale, noi pensiamo che l'art. 1590 non dev' essere esteso oltre il caso da lui previsto. Che nella promessa di vendere, nella quale le due parti contraggono sotto l' impero di eguali probabilità d' inadempimento, nella quale non è a loro concesso che l' esercizio di azioni personali, e nella quale infine il contratto non ha generato alcun effetto attuale, si cerchi di premunirsi dall' una e dall' altra parte mediante un rifacimento di danni ed interessi anticipatamente stipulati, ciò è ben naturale; che di più, la caparra non potendo in verun modo supporsi essere stata data in acconto sul prezzo (perchè non si paga un prezzo anticipato, anche in parte, quando vi è semplice promessa) venga considerata come refezione di danni ed interessi eventuali, questo è interamente conforme alla ragione. Ma per dare alla caparra un simile significato allorchè si tratta di una vendita perfetta, per ravvisare la refezione dei danni ed interessi là dov' è tanto semplice e tanto logico di vedere un acconto sul prezzo, sarebbe d' uopo falsificare tutte le analogie, ed uscire dalle vie di un' argomentazione razionale, e fedele alla verità.

(1) *Supra*, n. 143, *in fine*.
(2) *Supra*, n. 125 e seg.

ARTICOLO 1591.

Il prezzo della vendita dev'esser determinato e specificato dalle parti.

ARTICOLO 1592.

Può per altro rimettersi all'arbitramento d'un terzo. Se questi non vuole o non può fare la dichiarazione del prezzo, la vendita è nulla.

SOMMARIO.

146. Non vi è contratto di vendita senza prezzo. Condizioni perchè il prezzo corrisponda al voto della legge.
147. 1°. *Il prezzo deve consistere in moneta.*
148. Vi è veramente un prezzo, quando il compratore si obbliga ad alimentare, vestire ed alloggiare il venditore. Il prezzo può consistere in una rendita vitalizia. Dissenso con Merlin.
149. 2°. *Il prezzo dee' esser vero.* Esempii, i quali spiegano ciò che si deve intendere per questa parola.
150. Ma non è necessario che per esser vero il prezzo sia eguale al valore della cosa. Potrebbe essere inferiore, anzi vile, e molto piccolo. Confutazione di decisioni e opinioni contrarie che riguardano il caso di vendita con rendita vitalizia. La corte di cassazione cede alle corti regie, invece di additare ad esse la strada; ed obbedendo al loro impulso, giudica prò e contro. Inesattezza nelle relazioni di decisioni. Definizione del prezzo, giusto prezzo, prezzo convenzionale. Cattiva definizione di ciò che debbasi intendere per vero prezzo, data da Pardessus. Si dirà che ogni qualvolta un prezzo, sebbene inferiore, fu stipulato con volontà di esigerlo, è vero.
151. 3°. *Il prezzo dee' esser certo.*
152. Il prezzo non è incerto, quantunque non sia conosciuto. Per esempio, io vi compro questo immobile per la somma che ho nel mio scrigno. Non è incerto neppure, quando essendo determinato per la maggior parte, è indeterminato per il rimanente.
153. Ma vi è incertezza, quando la vendita vien fatta *per il prezzo che mi sarà offerto.*
154. *Quid*, se vendo la mia raccolta *al prezzo per cui i miei vicini* venderanno la loro?
155. Il prezzo può essere rimesso all'arbitramento di un terzo. Storia del diritto Romano sopra tal proposito.
156. Se l'arbitro nominato ricusa la sua missione, non si può far rimpiazzare con decreto giudiciale. Critica d'una decisione di Parigi proferita in senso contrario, sotto pretesto che la persona degli arbitri era indifferente.
157. L'arbitro dev'essere attualmente scelto dalle parti, ovvero può convenirsi che sarà ulteriormente nominato da esse? La scelta dev'essere attuale. Eccezione per il caso nel quale la vendita è un mezzo di liberazione da un'obbligazione principale.
158. Se la dichiarazione di prezzo fatta dall'arbitro fosse inferiore, si potrà ricorrere contro la sua decisione? Risoluzione negativa contro Accursio, Cujacio, e Pothier.
159. Si presume che uno si riferisca alla decisione degli arbitri, quando si vende una cosa *per il prezzo che vale, per il suo giusto prezzo*, e questa stipulazione è valida?
160. Nella vendita, il prezzo della quale dev'essere stabilito da dei periti, si ha una condizione sospensiva: la proprietà non è trasferita, ma l'operazione dei periti produce un effetto retroattivo. *Quid*, in ciò che riguarda il pericolo della cosa? Ragioni particolari per decidere che la stima deve farsi secondo lo stato in cui si trova la cosa al momento della perizia.
161. Cosa comprende la parola *prezzo*?
162. Il prezzo non partecipa della natura della cosa.
163. Dell'alterazione nelle monete. Chi ne profitta il venditore, o il compratore?

COMENTO.

146. Non esiste vendita senza prezzo; *sine pretio nulla venditio est* (1). Tre condizioni richiede il prezzo.

Deve consistere in danaro.
Dev'esser vero.
Dev'esser certo (2).

(1) Ulp., l. 2. § 1, Dig., *De cont. empt.*, Inst. *De cont. empt.*, § 1. *Supra*, n. 6. *Infra*, n. 594, sulla significazione della parola *Prezzo*.

(2) Pothier, Pand., t. 1, e *Vente*, n. 17.

147. Il prezzo deve consistere in danaro coniato, altrimenti si avrebbe una permuta, e non una vendita. *Aliud pretium*, *aliud merx* (1). Infatti se io do una cosa in pagamento di un'altra, è impossibile sapere qual'è la cosa venduta, quale quella che costituisce il prezzo, chi è il venditore, chi il compratore. Eppure tutte queste cose debbono essere distinte le une dalle altre (2), se non si ama produrre una funesta confusione.

Se però accadesse, che in seguito il compratore non potendo pagare in danaro, desse in pagamento un'altra cosa, si avrebbe sempre un contratto di vendita (3). *Non enim pretii numeratio, sed conventio perficit emptionem*, l. 2, § 1, Dig. *Cont. empt.* Come dice infatti Despeisses (4): « *Perchè, nei contratti, non si ha riguardo che al principio* (5). »

Si avrebbe anche un contratto di vendita, se oltre la somma di danaro convenuta per prezzo, il compratore si obbligasse di dare qualche oggetto in natura in supplemento di prezzo (6).

148. Sebbene il prezzo debba generalmente consistere in danaro, accade talvolta, che una vendita si fa mediante certe prestazioni equivalenti, come per esempio, di alimentare, alloggiare e mantenere il venditore. Non cessa in tal caso di esser valida, perchè questo è un prezzo in natura, sostituito ad una somma di danaro per il comodo dell'acquirente (7); ovvero se si volesse impiegare nella denominazione di una simile convenzione un rigore nei termini, al quale però il dritto Francese ripugna, si direbbe che è un contratto innominato, avente tutti gli effetti di un contratto di vendita.

Il prezzo, invece di consistere in una somma convenuta in capitale, può consistere in una rendita vitalizia (8). L' opinione contraria di Merlin (9) non si basa, a mio parere, che sopra sottigliezze.

149. Il prezzo dev'esser vero.

Perchè se il prezzo è simulato, se fu dichiarato, ma con intenzione di non esigerlo (10), il contratto sarà non una vendita, ma una donazione.

L' art. 918 offre un esempio di simil vendita. Quest'articolo, in virtù di una presunzione *juris et de jure*, imprime, di dritto, la qualità ed il carattere di donazione ad una vendita col peso di un reddito vitalizio, o a fondo perduto, o con riserva di usufrutto, fatta ad una delle persone successibili in linea retta. Esso suppone che il prezzo è fittizio, e che non fu stipulato con intenzione di esigerlo.

Sarebbe pure una donazione e non una vendita, se il prezzo fosse così minimo che non avesse alcuna proporzione al valore della cosa (11).

(1) Paolo, l. 1, § 1, Dig., *De cont. empt.* Cajo, *Inst.*, com. 3, n. 119.

(2) Ducaurroy, *Inst. expliq.*, n. 1038.

(3) L. 9, C. *De rescind. vend.* Pothier, n. 30. Egli non cita questa legge.

(4) T. 1, p. 11, n. 5.

(5) Questa massima si basa sulle leggi seguenti: L. 1, § 30, Dig., *Deposit.* L. 18, *Mand.*, Dig., l. 58, § 2, Dig. *Pro socio*, l. 78. Dig., *De verb. oblig.*, l. 19, Dig., *De reg. juris*, l. 144, § 1. Dig., *De reg. juris.*

(6) Pomp., l. 6, § Dig., *De cont. empt.*

(7) Decisione d' Agen, 17 Febbrajo 1830 (Sirey, 1832, 2, 110).

(8) Pothier, *Retraits*, n. 79.

(9) *Rente viagère*, n. 18.

(10) L. 36, Dig., *De cont empt.*, l. 3, C. *De cont. empt.* Voet, ad Pand. *De cont. empt.*, n. 22. Despeisses, t. 1, p. 10, n. 4. Pothier, n. 18.

(11) Pothier, n. 19. *Supra*, n. 6, Répert., V *Prix.*

Per esempio, se vi vendessi una proprietà considerabile per uno scudo, *nummo uno*, come dicono le leggi Romane (1), codesto sarebbe un prezzo derisorio, ed un vero scherzo, *Venditio* NUGATORIA (2). L'atto non potrebbe valere che come donazione (3).

150. Ma è da notarsi che non è necessario che il prezzo sia assolutamente eguale al valore della cosa; il venditore potrebbe stipulare un prezzo inferiore, anche vile e molto piccolo, e ciò non osterebbe all'essere il contratto una vera vendita (4).

Per tal motivo la corte di Riom decise che la vendita di un immobile, col peso di un reddito vitalizio era valida, ancorchè il reddito fosse inferiore alla rendita dell'immobile venduto (5), ed il ricorso contro questa decisione fu rigettato con decisione della cassazione del 1. Aprile 1829 (6).

Questo fu pure giudicato dalle decisioni della corte di Tolosa del 22 Novembre 1831 (7), della corte regia di Agen del 5 Maggio 1829 (8), della corte regia di Grenoble del 18 Agosto 1831 (9).

E tale è parimente l' opinione di Delvincourt (10).

Reca meraviglia che sia controversa. Pure lo è, e con vivacità; le corti regie sono tra loro in lotta di decisioni (11), e la corte di cassazione richiamata per tre volte all'esame della quistione, non ha trovato miglior cosa (essa che ha la missione di conservare l' unità nella giurisprudenza), che di passare a vicenda da un sistema all' altro, di consecrare successivamente il prò ed il contro, e di mettere tutti d' accordo, ponendosi in discordia con sè medesima.

Abbiamo testè veduto la sua decisione del 1° Aprile 1829. Eccone una tutta contraria.

La damigella Pellé vende al sig. Gamelin tutti i suoi dritti ereditarii di un valore attuale di (12).., coll'onere: 1° di pagare tutti i debiti della successione; 2° di pagare alla Pellé una rendita vitalizia di 2,000 fr. (13); 3° di pagare a due suoi congiunti due rendite sommanti insieme a 600 fr.

Due mesi dopo, accade il decesso della damigella Pellé. Carrè suo erede chiede la nullità di questa vendita per il capo del dolo, della frode, e per difetto di prezzo. Il tribunale di Tours rigetta questa dimanda, ma in sequela dell'appello, la corte regia di Orléans, partendo dalla falsa idea che il

(1) L. 10, § 2, Dig., *De acq. poss.* L. 46, Dig. *loc.*

(2) L. Gotofred., sulle leg. 46, Dig. *loc.*

(3) Medesima legge 46.

(4) Ulpiano, l. 38, Dig., *De cont. empt.* Pothier, n. 20, 21. Desp., p. 10, n. 4, dice « *molto piccolo.* » Arg. dell' art. 1674 del codice civile.

(5) 26 Maggio 1826. (Sirey, 1828, 2, 54.)

(6) Sirey, 1829, 1, 285.

(7) Sirey, 1832, 2, 108.

(8) Sirey, 1832.

(9) Sirey, 1832, 2, 110.

(10) T. 7, p. 95.

(11) In senso contrario alle decisioni precedenti. Angers, 21 Febbrajo 1828 (Sirey, 30, 2, 131). Orléans, 24 Maggio 1831 (Sirey, 1831, 2, 200). Poitiers, 23 Termidoro anno XI (Dal., t. 10, p. 179, note). Ma la corte di Poitiers ha fatto ritorno all' altra opinione, con decisione del 10 Pratile anno XII (Dal., *ib.*).

(12) Nella narrazione dei fatti, si legge che i valori, azioni sopra i mobili ed immobili, detratti i debiti, si elevavano a 279,000 franchi. Al contrario, nei motivi della decisione, si dice che l' acquirente riceveva dei valori per più di 50,000 franchi; ed è ancora di 50,000 franchi che si parla nella decisione della cassazione.

(13) Il decidente parla di 3000 fr., quando fa la relazione dei dibattimenti innanzi alla corte. (Sirey, 1831, 2, 200.) Parla poi di 2000 fr. nella discussione innanzi la corte di cassazione (32, 1, 300). Sembra che il vero prezzo fosse 2000 fr. Ma si converrà che vi sono molte inesattezze ! !

prezzo deve rappresentare in un modo esatto il valore dell' oggetto venduto, e trovando che vi era viltà nel prezzo, dichiara che la vendita manca di uno dei suoi tre elementi. Gamelin, dic'essa in sostanza, non pagava neppure l' interesse della somma ricevuta; egli non correva alcun rischio di perdita, poichè trovava nei valori somministratigli delle rendite più che sufficienti al saldo, per quanto si prolungasse l' esistenza del redditiario; egli non sborsava assolutamente nulla del suo; non vi era dunque prezzo, nè contratto commutativo, nè vendita (1).

Dietro questi motivi apparenti, ve n' era un altro che la corte non diceva, ed è che il contratto gli pareva infetto da lesione, e siccome sembra che l'art. 1976 del codice civile non ammetta l'azione rescissoria nel contratto di rendita vitalizia (2), i magistrati non ebbero altro mezzo per venire in soccorso dell'acquirente, che di dire esser nulla la vendita per difetto di prezzo.

Vi fu ricorso contro questo giudicato, e con decisione del 28 Dicembre 1831 (3), la sezione dei ricorsi decise, che la corte aveva dedotto una giusta conseguenza dai fatti apprezzati da lei, e non aveva contravvenuto ad alcuna legge.

Ma allora, come mai la corte di cassazione concilierà questo rispetto per la retta valutazione dei fatti dichiarati dalla corte di Orléans, con l' approvazione da lei data alla retta valutazione dei fatti dichiarati dalla corte di Riom (4)? perocchè le circostanze erano identiche; sì nell' uno che nell' altro caso vi era viltà sul quantitativo della rendita vitalizia, eppure ad Orléans si giudica che non vi è prezzo, mentre a Riom si giudica che vi è prezzo vero, e la corte di cassazione approva una e l'altra decisione ! ! !

Per vedere a quali deplorabili oscillazioni si abbandona la corte di cassazione, bisogna mettere la sua decisione del 1° Aprile 1829, a fronte di una decisione anteriore del 2 Luglio 1806 (5).

Martelly vende ai fratelli Jauffret un immobile. Il prezzo è stabilito in 30,000 fr. I compratori promettono di pagare una rendita vitalizia di 2,130 fr., ovvero, se Martelly lo preferisce, di consegnarli la metà dei frutti che produrrà il fondo venduto, di lasciarlo godere dell'abitazione degli stabili, etc. Martelly preferì il godimento dei frutti al reddito, ma ben presto chiese la rescissione del contratto per lesione enorme, dolo e frode.

La corte d' Aix, investita in forza d'appello della cognizione di questa dimanda, deciso che la rendita vitalizia era inferiore alla metà dei frutti; che un fittajuolo avrebbe dato la metà dei frutti per il semplice possesso del fondo che si pretendeva venduto; che i fratelli Jauffret nulla avevano dunque avuto da pagare, e che non correvano rischio di sborsare alcuna cosa per l'acquisto di un immobile di

(1) Sirey, 1831, 2, 200.

(2) Portalis, *Exposé des motifs*. Locré, t., p. Favard, Répert., V *Contrat aléatoire*. Decisione di cassazione del 1° Aprile 1829 (Sirey, 1829, 1, 235.). Ma la corte di Grenoble ha deciso il contrario, 18 Aprile 1831.

(3) Sirey, 1832, 1, 300.

(4) La decisione di rigetto contro il ricorso di Riom, è della sezione civile.

(5) Dalloz, *Vente*, t. 28, p. 175, Ediz. Tarlier.

30,000 fr.; in conseguenza dichiarò la vendita nulla, e senza prezzo.

In sequela del ricorso, si emanò decisione dalla sezione civile, la quale considerando che la corte di Aix potè, senza contravvenire ad alcuna legge, dichiarare la vendita sprovvista d'un prezzo effettivo, poichè i convenuti dovevano tutt' al più pagarne la metà dei frutti, durante la vita dell' attore e della sua consorte, e che dessa giudicava in fatto, che secondo l'uso del paese, un fittajulo avrebbe somministrato questa metà di frutti per prezzo di un semplice possesso. .... Rigetta.

In tal modo nel 1806, la corte di cassazione approva che sia stato deciso, che non vi è prezzo in una vendita fatta col peso di un reddito vitalizio inferiore alle rendite degli immobili; nel 1829 approva che sia stato risoluto che vi è un prezzo vero; finalmente nel 1831 essa torna ad approvare quelli, i quali hanno detto che non vi era prezzo ! !

Non si potrebbero palliare queste contradizioni col dire che la corte di cassazione non ha veduto in queste controversie che una quistione di fatto. Senza dubbio la quistione se vi è *giusto prezzo*, è una quistione di fatto subordinata alle circostanze, alle condizioni locali, alle corti attuali; ma la quistione, se un prezzo, sebbene vile, è un prezzo convenzionale nel senso dell'art. 1591 del codice civile, costituisce una quistione di dritto, e non una quistione di fatto, quando non si allega che le parti hanno voluto fare una simulazione.

Portalis ha benissimo detto (1): « Si chiama *prezzo* la somma di danaro che, paragonata al valore di « una cosa, si reputa essergli equiva-« lente. » Ma il valore di una cosa non è il medesimo per tutti. Esso si misura dall' utilità che se ne ritrae (2), dall' affezione che si nutre per lei, dalla premura che si ha di disfarsene, etc.

D' onde derivano due specie di prezzo che sono state sempre distinte l'una dall'altra (3): il *giusto prezzo*, o il prezzo comune, ed il *prezzo convenzionale*, cioè il prezzo fissato dal contratto a piacere delle parti ed in una quantità o superiore o inferiore al prezzo comune. « Il prezzo con-« venzionale, diceva ancora Porta-« lis (4), è l' opera della volontà delle « parti che hanno concorso a deter-« minarlo. Il giusto prezzo è il resul-« tato dell' opinione comune. »

Questa distinzione è segnata in termini espliciti nell' art. 1681 del codice civile, e domina tutta la materia delle rescissioni.

L' opinione che io combatto, tende nulla meno che a cancellare questa distinzione. Essa vuole che non esista prezzo, quando il prezzo convenzionale non è almeno l' equivalente del giusto prezzo. Sotto pretesto che la vendita è un contratto commutativo, essa rigetta come prezzo non vero quello che non rappresenta il valore intrinseco dell' oggetto vendu-

(1) Locré, sull' art. 1592, Ed. Tarlier, t. 7, p. 79. Voet ha detto, nel medesimo senso: « *Pretium, quo scilicet res æstimatur.* » Ad Pand., *De cont. empt.*, n. 22.

(2) Portalis, *loc. cit.*

(3) Cujac., sulla l. 1, Dig. *De act. empt.*: « Pretii « hæc divisio est. Pretium vel *conventio* facit (*prix* « *conventionnel*), vel communis populi consensus, et « tritura fori (*prix commun*), vel affectio et utili-« tas singulorum (*prix d' affection*). Pretii ratio va-« ria, multiplex et mutabilis. »

(4) Locré, t. 7, p. 79, Edit. Tarlier.

to. Ma niuna cosa mi sembra più falsa e più contraria alle leggi.

Ogni qualvolta un prezzo è stato stipulato con intenzione di esigerlo, è vero (1). Nel senso degli interpetri del dritto Romano, i quali hanno detto: « *Oportet ut pretium sit serium*, » non si chiama prezzo non vero, fuorchè quello che è stato indicato per formalità, *nugatorie*, e con intenzione di non esigerlo (2); e o che sia l'equivalente del valore della cosa, o che sia tenue, bisogna sempre tornare a quel principio. Se vi vendo un fondo di 100,000 fr. per uno scudo, un tal prezzo nulla ha di vero, perchè è chiaro che vi voglio fare una donazione pura e semplice (3); è manifesto che ho voluto scherzare specificando questo prezzo derisorio, e che non vi molesterò per il pagamento di questo scudo.

Ma se risulta dalle circostanze che il prezzo è stato fissato con intenzione di esigerlo (4), sarà vero, sebbene tenue. I testi per provarlo abbondano. La legge I, al C. Théod., *De cont. empt.*, diceva: « Nec enim sola pretii vi« LIORIS querela, contractus sine ulla « culpa celebratus, litigioso strepitu « turbandus est. » All'epoca della promulgazione di questa legge, l'azione rescissoria non era ammessa (5), e sebbene il prezzo fosse vile ed esiguo, la vendita non cessava di esistere; il che prova che non si era ancora immaginato di sostenere che una vendita, il prezzo della quale non è l'equivalente della cosa, fosse senza prezzo.

La medesima conclusione si deduce dalla legge 38, al Dig. *De cont. empt.* « Quoties vero VILIORE *pretio* res, do« nationis causa, distrahitur, DUBIUM « NON EST *venditionem valere*. »

Il codice non è meno formale. Autorizzando l'azione rescissoria per viltà di prezzo, ammette necessariamente che la vendita sussiste nei suoi tre elementi, e che perciò il prezzo, sebbene vile, è un prezzo vero. Egli stesso lo qualifica col nome di *prezzo* nell'art. 1681, ove lo pone in confronto col giusto prezzo, e nell'articolo 1682. Se infatti, un prezzo inferiore ai cinque dodicesimi del valore della cosa non fosse un prezzo vero, il codice non avrebbe avuto bisogno d'introdurre l'azione rescissoria, la quale suppone l'esistenza della vendita, ma si sarebbe limitato a dire, che la vendita era nulla per mancanza di prezzo.

L'inferiorità del prezzo non impedisce dunque che il prezzo sia vero.

Senza dubbio questa inferiorità è un vizio; quando è eccessiva, toglie alla vendita il carattere di contratto commutativo; ma a ciò la legge ha destinato un solo rimedio, ed è l'azione rescissoria, che gli è sembrato necessario di circoscrivere dentro un breve termine. Voler fare più del codice, pretendere assomigliare ad un prezzo non vero il prezzo minimo stipulato con intenzione di esigerlo, è lo stesso che sovvertire tutti i principii del contratto di vendita, è lo stes-

(1) Pardessus ammette un'altra idea a ciò che si chiama in legge *prezzo vero*; egli dice: « È d'uopo « *che il prezzo sia vero*, cioè, *che sia un equivalente* « *ragionevole della cosa venduta.* » n. 274. Questa definizione è erronea, e non si fonda sopra alcuna autorità.

(2) Ulpiano, l. 36, Dig. *De cont. empt.*

(3) L. 46, Dig. *Loc. cond.*

(4) Quando una corte non ha dichiarato che il prezzo era *nugatorium*, ravvisa implicitamente che è vero, cioè, che il venditore aveva intenzione di esigerlo. La corte di cassazione non deve allora decidere fuorchè, se questo prezzo, sebbene minimo, è un prezzo, cioè, interpetrare gli art. 1591, e 1681 del codice civile.

(5) Thomasius, *De æquitate cerebrina*, dissert. 73, sulla legge 2, C. *De rescind. vend.* Berlier in Locré, t. 7, p. 36, Ediz. Tarlier.

so che abolire l'art. 1676, il quale limita a due anni l'esercibilità dell'azione rescissoria; è lo stesso che creare un mezzo indiretto per isfuggire una prescrizione che il legislatore ha stabilita nella mira di rendere sicuri gli acquirenti, e di dare alla proprietà delle forti garanzie di stabilità.

Si objetta che in una vendita col peso di una rendita vitalizia, simile a quella che è il soggetto di questa discussione, l'acquirente non sborsa nulla del proprio, perchè egli non fa altro che prendere sulla cosa venduta la porzione di reddito necessaria alla soddisfazione del canone vitalizio; che perciò non vi è prezzo.

Io rispondo che codesta è una pura sottigliezza.

Il contratto di vendita trasferisce, per la forza che gli è propria, il dominio nella persona del compratore (1). Ora, s'egli è proprietario, non preleva sulla cosa sua propria, ciò che è necessario per il pagamento della rendita?

Se si adottasse come vera l'obiezione che io combatto, e che se ne volessero trarre le sue necessarie conseguenze, non vi è alcuna vendita che non si potesse annullare.

Compro una possessione del valore di 100,000 fr., per il prezzo di 105,000 fr. Non avendo danaro per pagare, rivendo partitamente, e ritiro 115,000 fr. Col raziocinio della corte di Aix, e della corte di Orléans, si potrà sostenere che la prima vendita non è valida, perchè nulla ho sborsato del mio, perchè mi sono liberato col valore della cosa comprata, e che perciò non vi è prezzo ! ! !

Compro una foresta per 30,000 fr. Ottengo il permesso di dissodarla, e la vendita che faccio del soprasuolo mi permette pagare la totalità del prezzo. Argomentate come le corti di Aix e d'Orléans, e mi rapirete il benefizio della contrattazione, dicendo che nulla ho sborsato del mio ! ! Tali teorie si confutano da sè medesime.

Se quelle due corti avessero veduto la possibilità di far cadere a terra col mezzo della rescissione, le vendite lesive che erano a loro deferite, io non dubito che avrebbero rigettato tutti questi piccoli mezzi di *equità cerebrina* (2).

Ma era dunque impossibile di conciliare i principii con l'interesse ispirato dai venditori? Non lo credo.

Le vendite con reddito vitalizio, delle quali si trattava, nulla presentavano di aleatorio, nè di rischioso per l'acquirente. Perciò niun motivo si opponeva all'ammissione della rescissione. Gli scrittori hanno sempre così deciso per la vendita di un'eredità, quando il compratore non corre alcun pericolo (3).

Applicando questo mezzo onninamente legale alle vendite con reddito vitalizio, si salvavano i principii, e la giustizia rimaneva soddisfatta.

151. La terza condizione del prezzo, è che sia certo (4).

Perciò non si avrebbe contratto di vendita, se una delle parti rimanesse padrona di determinare arbitrariamente quello che dovrà pagare o ricevere; per esempio, se il venditore si rimettesse alla discretezza del compratore, ed alla stima che egli stesso darà alla cosa « *quanti velis*, « *quanti æquum putaveris*, *quanti æ*-« *stimaveris*, habebis emptum (5). »

(1) *Supra*, art. 1583.

(2) Espressione di Thomasius.

(3) Despeisses, t. 1, p. 20, n. 6, § 15, *in fine*. *Infra*, n. 790.

(4) Inst., *De cont. empt.*, § 1.

(5) Cajo, l. 35, § 1, Dig. *De cont. empt.* Despeisses, t. 1, p. 11, n. 6. Pothier, *Vente*, n. 23. Ducaurroy, *Inst. expliq.*, n. 1037.

Questo è ciò che l'art. 1591 volle esprimere, quando disse, che il prezzo doveva esser determinato e specificato *dalle parti*. La determinazione del prezzo dev' esser opera di ambedue le parti, e non di una sola.

152. Non sarebbe bensì un prezzo incerto, quello che venisse nel seguente modo specificato: compro da voi quest'immobile per il prezzo per cui l'avete comprato, *quanti tu eum emisti*, ovvero compro da voi questo immobile per la somma di danaro che io ho in questo scrigno, *quantum pretii in arca habeo*. In questi due casi, il prezzo è senza dubbio ignorato da una delle parti, ma è però certo. *Magis ignoratur quam in rei veritate incertum est* (1).

Il prezzo non è neppure incerto, quando, essendo certo in parte, non vi è d'eventuale che l'eccedente. Per esempio, vi vendo quest' immobile per 15,000 fr., e l'eccedente è rimesso alla vostra discretezza. Qui abbiamo un prezzo certo, 15,000 fr. Il rimanente è un accrescimento di prezzo, la di cui incertezza non può viziare la vendita (2).

153. Ma il contratto sarebbe nullo, se fosse fatto *per il prezzo che mi verrà offerto* (3); il compratore non dovrebbe che interporre una persona che offrisse un prezzo bassissimo; il venditore potrebbe interporne una che offrisse un prezzo elevatissimo. Questa sarebbe una sorgente di frodi.

154. Pothier insegna che nella provincia d'Orléans si pratica spessissimo di vendere il vino della propria raccolta *al prezzo per il quale i vicini venderanno il loro*, e decide che il contratto è valido (4): quest' opinione non sembra suscettibile di difficoltà (5).

155. Sebbene l'art. 1591 del codice civile disponga che il prezzo dev'essere determinato e specificato dalle parti, pure può essere rimesso all'arbitramento di un terzo (6). Questa è una limitazione indotta dall'art. 1592 (7) al principio consacrato dall' art. 1591.

Nel dritto Romano, vi era stato del contrasto sopra tale difficoltà; Labeone e Cassio opinavano che la stima della cosa non potesse venire rimessa all' arbitramento di un terzo. Ofilio e Procolo professavano un parere opposto. Giustiniano fece sparire queste dissidenze adottando l'opinione di questi ultimi giureconsulti (8). Una simile convenzione rende la vendita *condizionale*, e fa dipendere il suo effetto dalla determinazione che verrà fatta dalla persona nominata (9).

(1) L. 7, § 1, Dig. *De cont. empt.* Ulpiano. Despeisses, n. 7. Fachin. *Cont.*, lib. II, cap. 1.

(2) Arg. della legge 7, § 2, Dig. *De cont. empt.* Pothier, Pand., t. 1, n. 29.

(3) Pothier, *Vente*, n. 27. Pardessus, n 275.

(4) *Ibid.*, n. 28.

(5) Pardessus, n. 275.

(6) Dalla circostanza che l'art. 1592 parla dell'arbitramento di *un terzo*, Grenier, oratore del tribunato, ne ha inferito, che le parti possono scegliere un *solo arbitro*, ma non più. (Locré, *loc. cit.*) Questa opinione è talmente erronea, che è inutile di confutarla. Se le parti scelgono due periti invece d'uno, e che non si accordano tra loro, non vi sarà contratto di vendita (*Infra*, n. 156). Se si pongono d'accordo, la vendita sarà evidentemente perfetta. Si osservi con quanta diffidenza debbansi accogliere le asserzioni degli oratori del governo!!! (*Juage* Duranton, t. 9, n. 108, p. 49, Ediz. Tarlier.)

(7) L'articolo primitivo era concepito in questa maniera: « *Può per altro rimettersi all' arbitramento di un « terzo.* » Il tribunato propose di aggiungere « *espressamente* designato dalle parti. Se il terzo non vuo« le, o non può fare la dichiarazione del prezzo, la « vendita è nulla. » (Locré, t. 7, p. 71, Ed. Tarlier). Questa modificazione si ravvicina molto all' articolo tale quale fu adottato.

(8) Inst., *Cont. empt.*, § 1. Cajo, *Inst.*, com. 3, § 140. L. ult. al C. *De cont. empt.*

(9) *Sub hac conditione staret contractus*. Inst., *loc. cit.*

Se questa persona fa la stima, la vendita diviene pura e semplice, ed il prezzo che quella ha arbitrato dev'essere pagato dal compratore; se non può fare la stima, la vendita è nulla per mancanza di prezzo.

Sopra questa materia sono state agitate diverse quistioni.

156. Quando l'arbitro nominato per determinare il prezzo ricusa quest'incarico, si può farlo rimpiazzare da un arbitro nominato d'uffizio dal tribunale?

La negativa è certa, ad eccezione del caso in cui la volontà delle parti di sottomettersi ad un arbitro nominato d'uffizio emergesse positivamente dalla convenzione. In tutti gli altri casi, l'uomo d'elezione delle parti non può essere rimpiazzato dall'uomo scelto dal giudice. Il testo dell'art. 1592 conduce a questo resultato, e la legge 15, al C. *De cont. empt.* non era meno decisiva per proclamare la nullità della vendita in caso d'impossibilità nell'arbitro nominato di procedere alla dichiarazione del prezzo (1).

La corte regia di Parigi ha ciò non pertanto risoluto, con decisione del 18 Novembre 1831, che quando la stima non richiede delle cognizioni speciali che hanno potuto motivare la scelta di tale o di tal altro perito, vi è ragione di credere che la persona degli arbitri non è stata la causa determinante la loro nomina, e che si può rimpiazzarli d'uffizio, dietro il loro rifiuto di eseguire la commissione (2). Ma mi pare che questa decisione sia in contradizione con la regola stabilita nell'art. 1592, e che attribuisca alle parti una intenzione che non hanno avuta.

157. Altra quistione fu promossa.

È egli necessario che l'arbitro sia scelto attualmente dalle parti, ovvero si può convenire che sarà ulteriormente nominato dal venditore e il compratore?

Diciamo primieramente che i testi del dritto Romano suppongono sempre che il terzo sia stato nominato nel contratto di vendita; e questa circostanza mi sembra molto pregiudicare la quistione. Nulladimeno, Fachinèo crede che la convenzione della quale si tratta debba esser valida, e si appoggia, secondo il suo uso, all'autorità di parecchi dottori (3). Egli confuta Pinello, l'opinione del quale era, che la vendita mancasse di stabilità (4).

Sotto il cod. civile, Delvincourt (5) ha emesso un'opinione conforme a quella di Pinello, perchè in giurisprudenza è ben raro che un'idea moderna non tragga la sua filiazione da antiche discussioni. Il professore Francese crede che una tale stipulazione sarebbe nulla, se nel tempo istesso non si fosse convenuto che in mancanza delle parti a fare la nomina, il perito od i periti sarebbero eletti di uffizio (6).

Diverse decisioni vengono in so-

(1) « Sin autem vel ipse noluerit, vel non potuerit « pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem. « quasi nullo pretio statuto. » Ved. n. seg., e l articolo 1012, codice di proc. L. 43, Dig. *De verb. oblig.* Despeisses riferisce una decisione del parlamento di Bordeaux pronunziata in questo senso, t. 2, p. 11, n. 6. L'arbitro era morto innanzi la dichiarazione del prezzo, e il compratore, avendo voluto costringere il venditore a nominarne un altro, la sua dimanda fu rigettata. *Jung:*, Cassazione, 1° Ventoso anno X, (Sirey, 2, 1. 220).

(2) Sirey, 1832, 2, 133.

(3) *Cont.*, lib. 11, c. 1.

(4) Sulla legge 2, C. *De rescind. vend.*, part. 1, cap. 1, num. 6.

(5) T. 2, p. 96.

(6) Anche Voet pensa così, *Cont. empt.*, n. 24.

stegno di quest'opinione, che è intieramente razionale (1). Infatti, se l'arbitro non fosse nominato all'epoca del contratto, dipenderebbe da una delle parti l'impedire la determinazione del prezzo, e il rendere la vendita nulla. Questa sarebbe una condizione potestativa dall'una e dall'altra parte; il contratto sarebbe perpetuamente sospeso, e mancherebbe di certezza.

Si dirà forse che la mancanza di nomina dell'arbitro può essere riparata dal giudice. Ma se nella convenzione nulla sta ad indicare che in caso di rifiuto d'una delle parti, fu inteso che l'arbitro sarebbe nominato d'uffizio, non deve essere permesso di sostituire l'opera di un tribunale a ciò che deve essere l'opera libera dei contraenti medesimi, ovvero di quelli che sono stati da loro incaricati di determinare il prezzo. Non si deve dunque fare un'aggiunta alla convenzione, e costringere le parti a subire una determinazione di prezzo, alla quale non hanno pensato a sottomettersi. Questo fa capo a ciò che abbiamo detto nel numero precedente (2).

Ma la cosa procederebbe altrimenti, se la vendita fosse l'accessorio di un contratto di pegno o d'ipoteca, valido per sè medesimo (3). Per esempio, vi do il tale immobile in pegno della somma di 10,000 fr. che vi debbo, e se non vi restituisco questa somma al 10 Maggio 1834, vi vendo il detto immobile per il prezzo che verrà determinato da dei periti (4). Questa stipulazione, autorizzata dalle leggi Romane (5), deve produrre il suo effetto, ed il debitore che ricusasse di nominare un perito, potrebbe esservi costretto per sentenza, o almeno la determinazione del prezzo potrebb'esser fatta d'uffizio dai tribunali. Questa eccezione alle regole precedenti è stata rilevata da Voët, ed è fondata sull'essere, in simil caso, la vendita un mezzo di liberazione da un'obbligazione principale, e sul doversi tanto meno permettere al debitore di sottrarvisi, in quantochè potrebbe essere privato del possesso con dei mezzi coercitivi più severi e più dispendiosi. Si deve dunque qui sottintendere l'intervento del giudice come derivante dalla convenzione istessa, e come consentaneo all'intenzione e all'interesse delle parti.

Sarebbe lo stesso nel caso in cui la vendita venisse fatta in forma di dazione in pagamento. Ciò spiega il considerando di una decisione della corte di Montpellier del 13 Febbrajo 1828 (6).

158. Una terza difficoltà si presenta. Se la stima degli arbitri è evidentemente inferiore al prezzo effettivo, si potrà ricorrere contro la loro decisione?

Accursio vuole, che se vi è lesione enorme, le parti non sieno tenute di rispettare quella stima (7).

Cujacio ha un'opinione conforme. « Ex quo nasci potest hæc quæstio: si « tertius ille iniquum pretium definiat, an standum sit ejus definitioni? Et videbatur esse standum, « quia, quoties eligimus aliquem qui « aliquid facit, de eo queri non de-

(1) Limoges, 4 Aprile 1826 (Sirey, 1827, 2, 11). Tolosa, 5 Marzo 1827 (*Ibid.* 125). *Juge*, Duranton, t. 9, n. 114, p. 52, Ediz. Tarlier.

(2) Ved. *infra*, n. 159.

(3) Voet, *Cont. empt.*, n. 23.

(4) *Justo pretio* tunc æstimandam, l. 16, § ult., Dig. *De pignor. et hyp.*

(5) *Supra*, n. 77.

(6) Dal., 28, 2, 232.

(7) Sull'ult., al C. *De cont. empt.*

« bemus. Aequius tamen est ut, si « manifesta iniquitas appareat, corri« gatur a judice bonæ fidei. Hoc est « expressum in leg. 76 e 79., Dig. *Pro* « *socio* (1). »

Pothier trova giusto questo parere. Egli vuole che se è provato che la stima è troppo esigua (lo che dev'essere rimesso all'arbitramento del giudice), il contratto di vendita sia dichiarato nullo (2).

Malgrado queste imponenti autorità, io opino che la stima dell'arbitro è una base dalla quale non è lecito dipartirsi (3). Giustiniano l'aveva inteso così nella sua legge ultima al C. *De cont. empt.*, i termini della quale non lasciano luogo a dubbio. « Ut « si quidem ipse qui nominatus est « pretium definierit, OMNIMODO, *se*« *cundum ejus æstimationem*, *et pretia* « *persolvi*, et venditionem ad effectum « pervenire. »

Cujacio contrappone le leggi 76 e 79, Dig. *Pro socio*, la prima delle quali dice, che vi sono due specie di arbitri, gli uni alle decisioni dei quali dobbiamo obbedire in tutti i casi, sia o non sia giusta la loro decisione, e tali sono quelli che risolvono una quistione in virtù di un compromesso; gli altri che non vengono consultati se non che all' effetto di interporre l'opinione di un uomo probo, e tali sono quelli ai quali le parti si riferiscono per la determinazione delle porzioni di una società. In questo caso, se la decisione è ingiusta, è permesso, secondo la legge 79, di ricorrere al ministero del giudice.

Ma questa distinzione è precisamente quella che Giustiniano ha voluto abolire, per ciò che riguarda il prezzo della vendita, mediante i termini generali, precisi ed energici che testè l'abbiamo inteso adoprare. Infatti, egli lo dichiara più espressamente ancora alla fin della legge ultima, al C. *De cont. empt.* « Nulla con« jectura (imo magis divinatione) in « posterum servanda, utrum in perso« nam certam, *an in boni viri arbi*« *trium respicientes*, contrahentes ad « hæc pacta venierint; quia hoc peni« tus impossibile esse credentes per « hujusmodi sanctionem expellimus. »

Questa opinione è quella pure sostenuta da Despeisses nell'antica giurisprudenza (4), ed è sembrata alla corte di Tolosa più conforme alle leggi Romane ed all'art. 1592 del codice civile, il quale non contiene nè eccezione, nè modificazione alla regola da lui stabilita (5). La corte regia di Lione ha pure opinato, appoggiandosi sulla parola *arbitramento*, della quale si serve quell' articolo, che la decisione del terzo scelto per fare la dichiarazione di prezzo è una vera sentenza arbitrale inappellabile, che ninna autorità potrebbe riformare (6). Io non credo però che si debbano in generale applicare le disposizioni degli art. 1003 e seguenti del codice di procedura civile agli arbitri, dei quali parla l'art. 1592 del codice civile. Ma la loro decisione non cessa per questo di essere una regola irrefragabile, e checchè ne dica Delvincourt (7), io negherò l'azione rescissoria per le-

(1) Sulla leg. 2, § 1, Dig. *De cont. empt.*

(2) *Vente*, n. 24. Questo è l'opinione anche di Voet, *Cont. empt.*, n. 23; di Perez, sul codice, medesimo titolo, n. 29; di Vinnio, sulle Inst., medesimo titolo, § 1, e di quasi tutta la scuola di Cujacio.

(3) *Junge*, Duranton, t. 9, n. 116, p. 52, Ed. Tar.

(4) T. 1, p. 11, n. 6.

(5) Decisione del 25 Febbrajo, 1820. Dal., *Vente*, t. 28, p. 74, n. 41, e p. 72.

(6) Decisione del 24 Agosto 1326, e 5 Giugno 1813. (Dalloz, V *Arbitrage*.)

(7) T. 7, p. 76.

sione maggiore di sette dodicesimi contro la vendita della quale avessero stabilito il prezzo.

159. Gli scrittori hanno, in quarto luogo, discussa la quistione, se la convenzione di rimettersi a degl' arbitri risulti implicitamente dalle stipulazioni seguenti: Vi vendo una tal cosa *per il prezzo che vale*, vi vendo la tal cosa per il suo *giusto prezzo*.

Rapporto alla prima stipulazione, Pothier la dichiara valida; egli vuole che si presuma, che le parti abbiano convenuto del prezzo che la cosa sarebbe dichiarata valere *dagli arbitri che esse concorderanno* (1).

Questa interpetrazione sembra a prima vista consentanea all' equità; ma si deve riflettere, che essa sfugge ad una difficoltà per incontrarne un'altra. Imperocchè la parte che ha interesse alla nullità della vendita, può sicuramente ottenerla ricusando di nominare i periti (2).

In quanto alla seconda stipulazione, Fachineo ha ritenuto che infetti la vendita di nullità (3). « *Nempe*, egli « dice, *in ea specie non esse venditio-* « *nem;* » e quest' opinione dev'essere adottata a motivo delle ragioni che ne abbiamo addotte.

160. Esaminiamo ora l'effetto della vendita, il di cui prezzo dev' essere stabilito da dei periti nominati, nei suoi rapporti con la traslazione di dominio, e col pericolo della cosa.

Abbiamo già detto, con l' autorità delle leggi Romane (4), che una tal vendita è condizionale. Perciò la proprietà non si trasferisce, finchè la condizione è pendente (5). Il venditore rimane proprietario. Ma tostochè i periti hanno fatto la dichiarazione del prezzo, la vendita diviene pura e semplice, e l'avvenimento della condizione produce un effetto retroattivo al giorno dell' obbligazione (art. 1179 del codice civile). Consegue da ciò, che le vendite poste in essere dal venditore *pendente conditione*, sono resolute (6). La corte di Montpellier ha giudicato in tal modo con decisione del 13 Febbrajo 1828 (7).

Quid, per ciò che concerne il pericolo della cosa? Alcuni scrittori hanno proposto di risolvere la quistione col principio seguente, stabilito da Pothier (8). « Quando una vendita fu « contrattata sotto condizione, la per- « dita che accade in seguito della de- « teriorazione della cosa, nel tempo « intermedio tra il contratto e l'avve- « nimento della condizione, ricade sul « compratore, se la condizione si ve- « rifica; perchè il venditore non è te- « nuto a consegnarla che nello stato « nel quale si trova.

« Ma la perdita totale ricade sul « venditore; perchè la condizione che « si verificasse dopo la perdita totale « della cosa, non può confermare la « vendita di ciò che non è più ».

Fu quindi domandato: la cosa perisce intieramente? È tanto maggiormente certo che la perdita dev' essere sopportata dal venditore, in quanto che la dichiarazione del prezzo è impossibile, e la condizione che tene-

(1) *Vente*, n. 26.

(2) Ved. *supra*, n. 157.

(3) *Cont.*, lib. II, c. 1. Pinello, sovente citato in materia di vendita, professa egli pure questo parere nei suoi comenti sulla leg. 2, C. *De rescind. vend.* Decide che una tale stipulazione non vale, nè come vendita, nè come contratto innominato.

(4) N. 155.

(5) *Supra*, n. 49 e 54.

(6) *Supra*, n. 56.

(7) Sirey, 1828, 2, 238.

(8) *Vente*, n. 312.

va sospesa la vendita, non può più realizzarsi.

La cosa va soltanto soggetta a deteriorazioni? Se queste possono essere comprovate senz' arbitri, sono a carico del compratore.

Quanto a me, sono di parere che queste distinzioni non sono tutte applicabili alla vendita che ci occupa. Mi sembra che si debba presumere, che le parti abbiano voluto che l'immobile fosse stimato secondo il suo valore al momento della dichiarazione del prezzo; perchè nulla sarebbe più arbitrario e più fallace di una stima che si riferisse allo stato antico dell' immobile, stato del quale non rimane più traccia, e non si conservano che delle memorie. Perciò, in una simile materia, credo doversi decidere, che secondo l' intenzione presumibile delle parti, le deteriorazioni sopravvenute innanzi la dichiarazione del prezzo, debbono rimanere a carico del venditore.

161. Sotto la denominazione di prezzo, si comprende tuttociò che venendo sborsato dal compratore a motivo della vendita, passa nelle mani del venditore, o a titolo di prezzo principale, o d'interessi, mancie, etc. (1).

162. Il prezzo non è surrogato alla cosa, e non partecipa della sua natura. Perciò, se la cosa venduta è un immobile, il prezzo non dev' essere considerato come immobile nelle mani del venditore; è cosa mobile (2).

163. Se il danaro va soggetto ad un' alterazione, in seguito di misure straordinarie prese dal governo (3), tra il venditore e il compratore, chi profitta di quest' alterazione, o ne sopporta il danno? Supponiamo per esempio, che un immobile sia stato venduto per il prezzo di 100 luigi d'oro. Poco tempo dopo, ma innanzi il pagamento, questa moneta soffre diminuzione; il compratore sarà liberato pagando i 100 luigi, ovvero dovrà pareggiare il valore?

La quistione attuale era una di quelle più controverse nel dritto, e Voët diceva che dopo aver letto molti comenti e scrittori, non si sapeva qual partito prendere (4).

Non voglio qui discutere le varie opinioni emesse a tal proposito (5). Rimando al mio comento dell'art. 1895 del codice civile, ove la materia verrà trattata più convenientemente.

Mi limiterò osservare, che l' articolo 1895 dev'essere la nostra regola, sebbene sia relativo soltanto alla materia del mutuo; perchè, come osservò benissimo Fachinèo, militano le medesime ragioni per dare lo stesso giudizio intorno alla vendita (6). Perciò, qualunque sia il cambiamento nel valore intrinseco delle specie monetarie, il compratore deve pagare il valore numerico convenuto (7).

(1) Ved. il mio comento sulle Ipoteche, n. 120, e 920. Merlin Rép., V *Prix*. Loisel dice veramente, lib. III, t. 4, n. 11: « Il vino del contratto non si « computa nel prezzo; » ne si affretta ad aggiungere: « *qualora non fosse eccessivo*. » Quindi Loisel si esprimeva così, rapporto soltanto ai dritti di laudemio. Del resto parecchi statuti ordinavano che il vino del contratto facesse parte del prezzo, e che se ne doveva il laudemio. Chaumont, 37. Vitry 13. (Ved. de Laurière, sopra Loisel e Brodeau, sopra Paris, art. 76, n. 26.)

(2) Merlin Rép., *Subrogation de choses*. Statuti d' Epinal, t. 4, art. 12, *infra*, n. 614.

(3) L' alterazione delle monete è un male, di cui i progressi dell' economia politica, sembra che abbiano guarito le società moderne.

(4) *De rebus creditis*, n. 24.

(5) Tiraqueau, *Ret. gentilit.*, gloss. 18, n. 27. Fachinèo, *Cont.*, lib. II, c. 9 e 10. Fabro, C. lib. VIII, t. 30, def. 11. Molinèo, *De usuris*, quest. 86.

(6) *Loc. cit.*, c. 10.

(7) Arg. della leg. 1, Dig. *De cont. empt.*

ARTICOLO 1593.

Le spese degli atti, e le altre accessorie alla vendita, sono a carico del compratore.

SOMMARIO.

164. Il compratore che ha interesse ad avere un titolo di proprietà, deve pagarne le spese. Deve pagare anche tutte le spese accessorie alla vendita. Quelle di registro, trascrizione, e purgazione d'ipoteche.

COMENTO.

164. È a carico di chi vuol procurarsi un titolo, il pagare le spese che sono necessarie per costituirlo. Il compratore che ha bisogno di un atto di compra per consolidare nelle proprie mani la proprietà della quale si fa investire, deve dunque sopportare le spese che necessita la confezione dell'atto, cioè gli emolumenti del notaro, le spese di carta bollata, i disborsi necessarii per farlo registrare e trascrivere (1); ed ogni altra spesa accessoria alla vendita, come quelle di visita de' luoghi, misurazione, etc.

Nulladimeno la convenzione delle parti può derogare a questa disposizione di dritto (2).

Il compratore deve anche sopportare, meno il caso di stipulazioni contrarie, le spese di purgazione d'ipoteche che sono destinate a procacciargli la sua personale tranquillità (3). Se però fosse stato indotto in errore dal venditore, il quale gli avesse assicurato che l'immobile era libero ed immune da vincoli ipotecarii, il compratore potrà legittimamente querelarsi dell'aumento impreveduto di spesa che a lui cagiona la necessità di fare la surrogazione, ed avrà regresso contro il venditore (4).

(1) La legge 28 Aprile 1816, ordina doversi esigere le spese di trascrizione unitamente a quelle di registro. Ho dimostrato, nel mio comento sulle Ipoteche, i vantaggi di questa misura, t. 4, n. 912. L'art. 2188 stabilisce però che le spese di trascrizione sono a carico del compratore. (Ved. ancora il mio comento sulle Ipoteche, t. 4, n. 962.)

(2) Mio com. sulle Ipoteche, n. 936. Vi si troveranno dei dettagli che sono qui necessarii per conoscere differenti convenzioni relative al pagamento delle spese.

(3) Anche l'art. 2188 comprova quest'eccezione.

(4) *Junge*, Duranton, t. 9, n. 124, p. 55, Ed. Tar.

CAPITOLO II.

Di quelli che possono comprare o vendere.

ARTICOLO 1594.

Possono comprare o vendere tutti quelli, cui non è vietato dalla legge.

SOMMARIO.

165. La libertà di vendere o di comprare costituisce il dritto comune. Le proibizioni devono essere espresse.
166. Del minore. Rinvio per alcuni principj. Confutazione del sistema di Durantou sul significato dell'art. 1305 del codice civile.
167. Degli interdetti per demenza ed imbecillità. Dei minori emancipati.
168. Delle donne maritate.
169. Dei prodighi.
170. Del tutore.
171. Delle comuni.
172. Degli ospizii, comunità religiose, etc.
173. Dello stato, come proprietario di beni demaniali.
174. Delle vendite fatte da chi è accusato di delitto capitale.
175. Del morto civilmente.
176. §. Del comproprietario che vende la sua parte indivisa avanti la divisione. §. Del pignorato. §. Del fallito. §. Dell'erede beneficiato ed altri. Rinvio.
177. Si può vendere per mezzo di procuratore.

COMENTO.

165. La libertà di vendere e di comprare è di dritto comune, e costituisce la regola generale (1). Sono privi di questo dritto quelli soltanto ai quali viene espressamente negato. « Emere possunt quilibet non prohibiti, » dice Voët (2).

Il capitolo che analizziamo, specifica alcuni casi di proibizione non compresi nelle proibizioni generali stabilite al titolo delle obbligazioni. Gli troveremo spiegati agli art. 1595, 1596 e 1597. Il primo di essi si occupa del contratto di vendita tra i conjugi.

Il secondo proibisce a certe persone di rendersi aggiudicatarie dei beni che esse amministrano, o che sono incaricate di vendere.

Il terzo vieta a certi funzionarii di comprare processi e dritti litigiosi.

Ma queste disposizioni non abbracciano l'insieme delle proibizioni che si riferiscono a questo capitolo. Noi le passeremo rapidamente in esame.

166. Il minore essendo incapace di contrattare (3), è incapace di vendere e di comprare (4). « Si, curatorem habens minor 25 annis, post

(1) Art. 1123 del cod. civ.

(2) Ad Pand., *De cont. empt.*, n. 8.

(3) Art. 1124 del cod. civ.

(4) V. Pothier, *Oblig.*, n. 49 e seg. Despeisses crede (t. 1, p. 5) che un minore può comprare, e si basa sulla legge 35, Dig. *De minorib.* Ma questa legge parla di un caso in cui il minore aveva interesse a comprare una cosa che aveva appartenuto ai suoi antenati. Essa non dice che un minore è vincolato dalla compra che ha fatto, quando non gli conviene.

« pupillarem ætatem, res vendidisti, « hunc contractum servari non oportet, cum non absimilis ei habeatur « minor curatorem habens, cui a prætore, curatore dato, bonis interdictum est (1). »

Nulladimeno chi ha contratto col minore è obbligato verso di lui, sebbene il minore non sia reciprocamente obbligato per un vincolo di dritto. « Si quis, dice Ulpiano, a pupillo, sine « tutoris auctoritate, emerit, ex uno « latere constat contractus; nam qui « emit obligatus est pupillo, pupillum « sibi non obligat (2). »

Nel mio comento sulle Ipoteche, ho esaminato al n. 488 la natura dell'incapacità del minore, l'effetto che tale incapacità produce sopra gli atti d'alienazione da lui posti in essere, e l'influenza della ratifica data da lui nella sua maggiorità (3). Questa materia che ha dato origine a sistemi diversi, domina anche il contratto di vendita. Il lettore potrà a questo punto giovarsi degli sviluppi che ho dati nell'opera prenominata. Per non ritornar più sopra questo principio che riceve in dritto una frequente applicazione, debbo dire alcune parole sul sistema sostenuto da Duranton (4), sistema che mi sembra in opposizione col vero spirito del codice civile. La discussione che io vado ad intraprendere, mi somministrerà occasione di stabilire le regole le quali proibiscono al minore di comprare, e che sopra questo proposito lo assoggettano ad una incapacità tanto reale, quanto quella che lo domina allorchè vuol vendere i suoi immobili.

Secondo Duranton, gli atti fatti dal tutore con l'osservanza di tutte le formalità volute dalla legge, non sono mai impugnabili dal minore per semplice lesione. Tra questi atti, e quelli posti in essere dai maggiori non passa alcuna differenza.

L'art. 1305 non attribuisce al minore il dritto di ricorrere per semplice lesione, fuorchè quando ha trattato solo e senza l'autorizzazione del suo tutore. Quanto agli atti che la legge volle circondare di certe formalità, come le vendite d'immobili, etc., il minore non ha bisogno di provare la lesione per fare annullare una vendita di questo genere che egli avesse fatta senza il concorso delle prescritte solennità. Poco importerebbe che il prezzo della vendita fosse stato erogato nel pagamento de' suoi debiti, che ne fosse stato fatto un utile impiego, che questo prezzo fosse conveniente e vantaggioso, etc.; basterebbe che vi fosse omissione delle forme prescritte dalla legge, perchè la nullità potesse essere ottenuta senza provare alcuna lesione. Ma se si tratta di semplici atti pei quali la legge non prescrive alcuna formalità speciale, l'atto non è nullo per il solo motivo che è stato fatto senza l'autorizzazione del tutore. È soltanto rescindibile per causa di lesione, se il minore ha sofferto un danno. Questo è il caso di fare l'applicazione dell'art. 1305. Quindi le locazioni, le vendite di derrate che il minore da sè solo avrà fatte, non sono nulle (5); egli avrà soltanto la facoltà d'impugnarle per causa di lesione, se ne ha risentito un detrimento di qualche importanza.

Confesso che a malgrado dell'abilità spiegata da Duranton nello svi-

(1) L. 3, C. *De integ. rest.* Diocl. e Massim.

(2) L. 13, § 29, D. *De act. empt.*, Inst. *De auct. tutor.* In proem. L. 16, Dig. *De minor.* Cujac., 16, osserv. 21. Art. 1125 del codice civile.

(3) T. 1, n. 488 e seg.

(4) T. 6, n. 278 e seg.

(5) Forse anche le compre che fa, perchè sono semplici atti pe' quali la legge non traccia speciali formalità.

luppo delle sue idee, non potrei associarmi ad un sistema che mi sembra una pretta fantasia.

Duranton ragiona come se il codice contenesse una legislazione senza precedenti, e che si fosse collocata in aperta opposizione col passato; ma ciò è falso. Eccetto un certo numero di casi, nei quali procede sotto un vessillo a lui intieramente proprio, ha quasi sempre ammesso gli antichi principii, o è venuto con essi a transazione; e allorquando pure gli modifica, si collega alla loro disposizione in modo tale che la catena del nuovo dritto con l'antico non è che raramente interrotta.

Vediamo dunque come ha proceduto il codice nel caso presente.

Il dritto Romano è conosciuto (1).

Se il minore sottoposto ad un curatore si obbligava senza la sua autorizzazione, il contratto era nullo *ipso jure*, e non era necessario di farlo rescindere provando la lesione (2).

Ma se il contratto era accompagnato da tutte le formalità necessarie ad abilitare il minore, questi non poteva impugnare la sua obbligazione, se non che provando che era stato leso (3).

Riguardo al caso, in cui il minore non aveva curatore (4), non doveva procedere per via di nullità, ma col mezzo dell'azione rescissoria (5).

L'antica giurisprudenza era conforme a questo sistema, se non che nei paesi di dritto statutario, il minore doveva indispensabilmente subire la legge del tutore finchè non era giunto alla sua maggiorità. Ho citato altrove (6) un passo d'Henrys, che descrive con evidenza i resultati dell'incapacità del minore. « Invano saranno state osservate le formalità, « il sentimento dei congiunti, le relazioni dei periti, i decreti del magistrato; tutto ciò non toglie che il minore possa ritornare al possesso del « suo fondo, *se si riscontra qualche* « *lesione.... non vi è maggior sicurtà* « *di quella di pagare l'immobile del* « *minore ad un prezzo più elevato del* « *suo valore* (7). »

Quanto agli atti meno importanti, come affitti, etc., sebbene fossero stati posti in essere dal tutore, il minore non era obbligato ad osservarli, se vi era lesione (8).

Tale era lo stato delle cose, allorchè intervenne il codice civile. La protezione del minore era evidentemente circondata da guarentie esagerate, e l'abuso generava un male di cui i minori stessi erano primi a soffrirne. Imperocchè estrema era la diffidenza con la quale si contrattava con essi, ed ognuno stava lontano, per quanto poteva, dagli affari nei quali essi erano interessati.

Il codice ha voluto ridurre nei suoi giusti confini la protezione dovuta ai minori, e si è adoprato a sradicare l'abuso, sempre però conservando i principii. Per riuscirvi, egli non doveva mutar sistema: gli bastava solamente di eliminarne alcune applicazioni troppo rigorose e assolute.

In conseguenza, oggi del pari che

(1) Mio com. sulle Ipot., n. 474.

(2) L. 3, C. *De integ. rest.*

(3) L. 3, C., id. L. 2, C. *Si advers. vendit.* L. 1 e 11, C. *De prædiis vel aliis reb.*

(4) Il dritto Romano ammetteva la posizione di un minore senza curatore. *Invito curator non datur*, massima tratta dal § 2 delle Inst., *De curat.* (Ducaurroy, *Inst. expliq.*, n. 269.)

(5) L. 101, D. *De verb. oblig.* L. 44, D. *De minor.* L. 96, D. *De acq. hæred.*

(6) Mio com. sulle Ipot., n. 492.

(7) T. 2, p. 257, e Bretonnier sopra Henrys, *loc. cit.*

(8) Pothier, *Des personnes*, t. 2, p. 162, Ediz. Tarlier, parla d'un affitto fatto a vil prezzo.

sotto l'antica giurisprudenza, ogni atto passato dal minore senza l'osservanza delle formalità abilitanti prescritte dalla legge è nullo, e per ottenerne la nullità, non occorre provare alcuna lesione. L'art. 1124 del codice civile, dichiarando il minore incapace di contrattare, toglie ad evidenza ogni carattere di validità ad una convenzione in cui un minore interloquisce solo e senza autorizzazione. Ed è chiaro che quando vi è incapacità, il rimedio della lesione è completamente nullo (1).

Di più, oggi siccome nell'antica giurisprudenza, la semplice lesione è sufficiente perchè il minore possa farsi restituire contro le convenzioni nelle quali è stato legalmente rappresentato o autorizzato (art. 1305). Questa è la differenza che passa tra lui ed il maggiore. Era necessario di mantenerla, perchè i suoi interessi possono, a malgrado di tutte le precauzioni volute dalla legge, essere stati mal tutelati dagli estranei che sono destinati a vigilare in sua difesa. In seguito di tale idea, la legge non lo sottopone alla prescrizione (art. 2252 del codice civile); il tutore può fallire o darsi in braccio alla negligenza, ed il patrimonio del minore non deve soffrire diminuzione per colpa di chi lo rappresenta. Questa istessa idea finalmente ha determinato l'art. 481 del codice di procedura civile, il quale autorizza il minore ad impugnare una sentenza, quando dei mezzi decisivi di difesa sono stati omessi, sebbene in giudizio sia stato rappresentato dal suo tutore (2). In fatti la presenza del tutore non basta per parificare il minore al maggiore. Chi è rappresentato da altri è soggetto a dei casi di perdita, contro i quali facilmente può premunirsi chi agisce per sè medesimo e nella pienezza della sua capacità.

Vi sono non pertanto alcuni atti, nei quali la legge ha moltiplicato le precauzioni, e che sarebbe cosa pericolosa per la società di lasciar soggetti ad una lunga incertezza. Tali sono le alienazioni dei beni immobili appartenenti ai minori (3), le divisioni nelle quali sono interessati (4), le accettazioni di donazione (5), le convenzioni stipulate in un contratto di matrimonio (6), le transazioni (7). Questi atti sono circondati da una moltitudine di guarentie, parere ed assistenza dei congiunti, consigli dei savii, informazioni di periti, pubblicità, incanti, etc.; tutto è posto in opera per isconcertare la frode, ed in tante combinazioni questa è così poco a temersi che sarebbe un mero lusso il riservare al minore dei mezzi di farsi restituire, e cosa pericolosa per i terzi che inutilmente sarebbero tenuti nella perplessità. L'antica giurisprudenza aveva il torto di non avere chiuso ai minori qualunque ricorso contro atti consolidati da tante prudenti precauzioni. Perciò vivi e numerosi erano i reclami contro la di lui eccessiva indulgenza, ed ognuno soprattutto si lagnava del tristo provvisorio al quale erano abbandonate le divisioni e le vendite d' immobili. Il codice ha esaudito queste querele, e prescrive che questi atti abbiano la forza medesima come se

(1) Pothier lo dimostra benissimo, *Traité des personnes*, t. 2, p. 163, Ediz. Tarlier.

(2) Pigeau, t. 2, p. 97, Ediz. Tarlier.

(3) Art. 457 e seg., del cod. civ.

(4) Art. 466.

(5) Art. 463.

(6) Art. 1309 e 1398.

(7) Art. 2052 e 467.

fossero stati passati da dei maggiori (1). Ma la cautela che egli adopra di dichiarare ad ogni passo, che la minorità non è un motivo per prevalersi della lesione, e che il minore è parificato al maggiore, dimostra ad evidenza che il principio generale è il dritto di querelarsi della lesione semplice, anche quando l'atto è valido nella sua forma, e che, nelle disposizioni speciali delle quali ho parlato, il codice provvide unicamente per via d'eccezione.

Tale mi sembra lo spirito del codice civile.

Esaminiamo in qual modo Duranton pervenne a un diverso resultato.

Questo autore stimabile si è accorto che l'art. 1305 sarebbe decisivo in favore del sistema che io adotto (2), finchè non si provasse che vi sono dei casi ne'quali il minore contraendo da sè solo, agisce validamente e non può intentare la nullità della sua obbligazione. In fatti, se il minore che procede senza autorizzazione, non dà nascita che ad un atto nullo, come io sostengo, sarà inutile di ricorrere alla lesione. La lesione è un rimedio applicabile allora solo che l'atto è valido nella sua forma. L'articolo 1305, il quale si occupa soltanto della lesione, sarà in conseguenza applicabile nelle sole circostanze nelle quali non sarà permesso d'invocare l'incapacità; esso concernerà il minore autorizzato, e non il minore che agiva da sè solo, e senza l'assistenza delle persone che vigilano per lui. All'oggetto dunque che quest'articolo armonizzi con la teoria di Duranton, è d'uopo stabilire prima di tutto, che un minore il quale si obbliga solo e senza tutore, si obbliga validamente, e non può intentare l'azione di nullità contro il suo contratto. Questo è l'assunto di Duranton. *Hoc opus, hic labor.*

Nel suo trattato dei contratti (3), Duranton avanzò a questo proposito una dottrina, che niun altro ha abbracciato, come già dissi altrove (4). Egli voleva che il minore, il quale tratta solo e di per sè, non abbia, in qualunque caso, fuorchè l'azione rescissoria se fosse leso. Ma ora egli stesso riconosce che quest'opinione è azzardata, e che è contraria alla mente dei compilatori del codice; perciò l'abbandona.

Ma per sottrarre al sistema di Toullier l'art. 1305 del codice civile, sostiene che ad eccezione dei casi nei quali la legge ha tracciato delle formalità speciali, cioè vendita di beni immobili, divisioni, transazioni, etc. (formalità l'omissione delle quali importa nullità), il minore può trattare validamente senza l'assistenza del tutore; che gli atti a cui allora dà vita non sono nulli *ipso jure*, che sono soltanto rescissibili se vi è lesione e detrimento, e che in questo caso soltanto l'art. 1305 è applicabile.

Ma io mi accingo a dimostrare, che questo nuovo sforzo di Duranton è infruttuoso come il primo.

Esso vuole infatti, che il minore da sè solo possa concedere degli affitti, vendere la sua mobilia, comprare, etc., senza rendere questi atti infetti di nullità. Ma in primo luogo, cosa mai diverrà l'articolo 1124, il quale dispone, che i minori sono incapaci di contrattare? Un incapace può forse passare un contratto

(1) Art. 466, 1314, 463, 480, 1309, 1398.
(2) E che è quello di Toullier, t. 7, n. 574.
(3) T. 1, cap. 2, sez. 2, § 1.
(4) Mio com. sulle Ipot., n. 492, nota 1.

valido? Ecco dov'è la quistione. Io credo, che ridotta a questi semplici termini, non possa esser dubbiosa (1). Di più, qual significato si attribuirebbe all'art. 450, il quale vuole che il tutore *rappresenti il minore in tutti gli atti civili?* Può ammettersi per un sol momento la validità di un atto, nel quale il minore non ha avuto il suo legale rappresentante? Finalmente, poichè il minore deve rimanere estraneo all'amministrazione dei suoi beni, che è esclusivamente affidata al suo tutore (art. 350), come potremo accogliere un'opinione la quale nega di scorgere una nullità flagrante nelle vendite di derrate, nelle locazioni, nelle compre fatte dal minore, che usurpa i dritti e le attribuzioni del suo tutore?

Il dotto professore che io combatto non ha posto attenzione ad un argomento potentissimo che contro di lui ne vien suggerito dall'art. 484 del codice civile.

A tenore di quest'articolo, il minore emancipato ha il dritto di fare da sè solo delle compre, e di contrarre certe obbligazioni, come per esempio, di prendere in affitto una casa per sua abitazione, fino alla concorrenza dei suoi mezzi (2). Ma se queste obbligazioni sono esagerate, i tribunali possono ridurle. Questo dritto di riduzione non è fondato sopra una lesione (3). La lesione è il *dolus re ipsa*, che risulta dal difetto di proporzione tra quello che una parte riceve e quello che dà. Nel caso previsto dall'art. 484, sebbene la cosa comprata non sia pagata a prezzo troppo caro, sebbene il prezzo della locazione sia ragionevole, i tribunali potranno annullare questi atti, se sono immoderati, perchè il minore emancipato, può avere oltrepassato i limiti di una saggia amministrazione, può essersi impegnato in spese superiori ai suoi mezzi, ed era quindi necessario collocarlo sotto una legislazione speciale (4), affinchè l'emancipazione non divenisse per lui un dono funesto.

Ebbene! supponiamo ora con Duranton, che il minore possa fare da sè solo, salva l'azione rescissoria, gli atti che la legge non ha sottomessi a delle speciali formalità di precauzione; che, per esempio, egli possa comprare. In qual controsenso non cadremmo noi?

1° Ecco un minore che comprerà a credenza dei cavalli di lusso, e dei mobili sontuosi, che prenderà in affitto un magnifico appartamento, e si creerà in una parola un treno di vita molto al disopra de' suoi mezzi. Se tutte queste obbligazioni sono contratte a prezzi giusti e moderati, non si dovrà parlare di rescissione. Ma, d'altronde, il minore rovinato da queste prodigalità, non potrà invocare l'art. 484, perchè non è stato fatto per lui, dunque non gli è applicabile. Così il minore vigilato dal tutore sarà meno vincolato, meno sorvegliato, meno protetto del minore emancipato!!! In presenza di un tal risultato, è ben chiaro che il punto di partenza è radicalmente vizioso.

2° Mi si dirà forse che in queste materie la lesione non s'intende nel senso ristretto dell'art. 1674 del codice civile, e che è d'uopo uniformarsi alla regola data dal Brunemau-

(1) V. gli art. 502, 2012 del codice civile, e la l. 3, C. *De in integr. rest.*, citata disopra, i quali, d'accordo con l'art. 509, pongono il minore sull'istessa linea dell'interdetto.

(2) Cambacérès (Locré, t. 3, p. 396, Ed. Tarlier).

(3) Perciò l'articolo 484 non pronunzia la parola *Rescissione.*

(4) Berlier, *Exposé des motifs.* (Locré, t. 3, p. 415.)

no (1): *Minorem ex actu præsumi læsum, ex quo ad eum nulla utilitas redundare potest, sed nonnisi damnum.* Io acconsento ad ammetterla. Ma ecco l' altra incoerenza alla quale ci troveremmo esposti.

Quando il minore emancipato abusa della libertà che gli è concessa dall' art. 484 di comprare e di contrarrè certe obbligazioni, può essere nuovamente collocato sotto l' autorità di un tutore, in conformità dell' art. 486 del codice civile. Ora che dimostra questa pena? Mostra ad evidenza che si fa decadere l' emancipato dalla sua posizione per togliergli la facoltà di contrattare, per parificarlo al minore, il quale non può nè vendere nè obbligarsi. Gli art. 484 e 486, suppongono dunque questa idea, che comprando sotto la sola condizione di rescissione, l' emancipato ha un dritto del quale il minore non è investito, che non vi è uguaglianza tra l' uno e l' altro, che perciò il minore sottoposto ad un tutore fa un atto radicalmente nullo, e non solamente soggetto a rescissione, quando compra solo e senza autorizzazione. Imperocchè, se il rimedio della rescissione fosse comune al minore emancipato ed a quello che non lo è, non vi sarebbe tra l' uno e l'altro quella differenza sì chiaramente delineata negli articoli da me citati. L' art. 486 non sarebbe un mezzo di sottrarre all' emancipato il potere di cui abusa, perchè questo lo ritroverebbe ancora nei vincoli della tutela.

Nè qui si finisce. Quando l' emancipato lascia travedere durante il suo tirocinio la mania di spendere, la legge gli oppone freno, e lo punisce col dichiararlo indegno della libertà che gli è stata concessa. Ma se noi ragioniamo nell' ipotesi, la quale vuole che il minore sotto tutela possa fare dei contratti semplici, salva la rescissione, quale sarà la pena che verrà inflitta a questo minore, se si abbandona spensieratamente al suo amore per il lusso e per lo spendere? La rescissione! Ma questo è un mezzo di protezione. Una sorveglianza più rigorosa! Ma siccome egli è sotto tutela, è impossibile oltrepassare i limiti segnati alla sua capacità. Quindi l' emancipato sarà punito, ed il minore sotto tutela non lo sarà!! o per meglio dire, non vi sarà punizione vera nè per l' uno nè per l' altro, perchè l' emancipato nuovamente sottoposto alla tutela, sarebbe ancora in facoltà di abbandonarsi alle sue inclinazioni.

Queste sono le irragionevoli conseguenze alle quali conduce il sistema di Duranton. Rilevarle è lo stesso che rovesciare la teoria di cui sono il prodotto; invece che se si vuole adottare il nostro punto di vista, se si ammette con noi la nullità degli atti passati dal minore sotto tutela senza l'assistenza del suo tutore, tutto si spiega e si concilia, e si comprende senza difficoltà che il ritorno dell' emancipato sotto la tutela è un rimedio saviamente efficace, che lo priva di un potere reso ormai incompatibile con la sua nuova posizione.

In fine un nuovo argomento emerge dall' articolo 484.

Nel § 1°, quest'articolo contempla alcuni rapporti, relativamente ai quali parifica l' emancipato al minore sotto tutela, per esempio, per la vendita e l' alienazione de' suoi immobili, etc.

Ma nel paragrafo seguente, il quale si occupa delle compre ed altre obbligazioni analoghe, si vede che il le-

(1) Sulla l. 1, C. *De in integ. rest.*, t. 2, p. 179.

gislatore non ammette più la parità. Egli crea un dritto nuovo ed affatto speciale, come diceva Berlier (1). Ed infatti, se le obbligazioni del minore sotto tutela che agisce personalmente fossero state valide, salva la rescissione in caso di esagerazione, a che gioverebbe l'ultima disposizione dell'art. 484? La legge non aveva tutto dichiarato nel primo paragrafo? Avrebb' essa adoprato un linguaggio non solo superfluo, ma eziandio vizioso per la sua costruzione, poichè, ripetiamolo nuovamente, i due paragrafi che compongono l'art.484, sono distesi in modo tale, da far credere che vi è antitesi tra loro.

Ma esclama Duranton (2), come mai può ammettersi che la legge abbia vietato al minore, debitamente rappresentato, ogni ricorso per lesione contro gli atti i più importanti per lui, come vendita d'immobili, accettazione di donazioni, divisioni, transazioni, e che gli abbia permesso d'impugnare degli atti assai meno importanti, quali sono per esempio, le locazioni, le vendite di derrate, nelle quali il tutore ha operato nei limiti del suo potere ordinario? Nulla vi è di più improbabile, perchè altrimenti vi sarebbe nelle disposizioni della legge una straordinaria discordanza!

Questa obiezione non mi persuade punto, e ciò che sembra a Duranton una sensibile anomalia, sembra a me cosa interamente razionale.

Ho detto non ha guari, che le vendite d'immobili, le accettazioni di donazioni, le divisioni, le transazioni, sono accompagnate da moltiplici precauzioni, che escludono ogni possibilità di lesione. Ma non è così quando il minore è meno efficacemente protetto, e quando la sola assistenza di un tutore, soventi volte accessibile alla negligenza ed alla precipitazione, può far temere che venga aggirato da un'astuta furberia.

Perciò, se un minore fa un contratto di locazione senza l'assistenza del tutore, se compra senza il suo concorso, questi atti saranno nulli *ipso jure*, secondo l'art. 1124 del codice civile.

Ma se il tutore fa questi atti, siccome la convenzione è valida, il minore dovrà accettarla, fuorchè se provasse una lesione abbastanza grave per esser presa in considerazione. Sebbene meno importanti dei contratti privilegiati, i quali richiedono l'assistenza del consiglio di famiglia, ed altre formalità solenni, questi atti avevano nullameno dritto alla protezione del legislatore. Ecco per qual ragione riserva la rescissione: questa è il soccorso particolare a simili convenzioni.

Nè si può dire che un tale stato di cose impedisca di contrattare con i tutori. Chiunque nelle relazioni con loro sarà animato dalla buona fede, e non cercherà di arricchirsi a danno dei minori, nulla avrà da temere; perocchè i tribunali non ammetteranno giammai dei reclami fatti con leggerezza per invalidare degli atti consumati. *De minimis non curat prætor.* L'esperienza giornaliera prova che il sistema del codice non genera alcun inconveniente. Ma quello che io censuro ne avrebbe dei gravissimi. Sarebbe un incoraggimento per i minori a deviare da quella linea di subordinazione che è ad essi tracciata; turberebbe la gestione del tutore, ed infrangerebbe l'unità che deve presiedere alla sua amministrazione; fareb-

(1) *Exposé des motifs.* (Locré, t. 3, p. 415.)
(2) P. 301.

be pullulare le insidie intorno agli incapaci, solo con l'estendere dei dritti ch' essi non sono abbastanza saggi per esercitare con discernimento.

Duranton insiste sostenendo, mediante un parallelo dell' art. 1305 con quelli che lo precedono e lo seguono, che esso dev' esser limitato alle obbligazioni assunte dal solo minore. L'art. 1304, egli dice, parla degli atti *fatti dai minori*. L'art. 1307 pone in scena il minore contraente solo e senza assistenza. Dicasi lo stesso degli art. 1308, 1309, 1311, 1713. Come ammetter dunque che l'art. 1305 abbia avuto in mira un altro caso?

La risposta è semplice e perentoria. Gli articoli rammentati abbracciano una serie d'ipotesi differenti le une dalle altre, e che hanno per iscopo di prevedere tutte le posizioni nelle quali il minore si trova collocato. Talvolta la legge lo considera solo che contrae senza assistenza, o anche che commette un delitto (1); tal altra lo suppone circondato da tutte le garanzie, e munito dell'assistenza di coloro la protezione dei quali gli è necessaria (2). Tutti i casi sono stati preveduti. Perciò volendo ridurre questi diversi articoli al caso speciale che ha in mira, Duranton ristringe il piano del legislatore, e pone a suo carico una lacuna della quale non ha colpa. Perciò egli non può giungere a sottoporre l'art. 1305 alla sua ipotesi, fuorchè col prendere in altri articoli delle espressioni che trasporta in quello medesimo nel quale non si ritrovano.

Vi è di più. Supponiamo per un istante che debbansi sottintendere nell'art. 1305 le espressioni: *atti fatti dai minori*, che si leggono nell' articolo 1304. Non ne conseguirà per questo che il legislatore abbia inteso parlare degli atti fatti dal minore indipendentemente da ogni assistenza; poichè per il solo motivo che si occupa unicamente del caso di lesione, la logica decide che il suo punto di partenza è che l'atto è valido nella forma, e che il minore è autorizzato.

A questo raziocinio Duranton obbietta che la nostra spiegazione non è punto naturale; perchè nel sistema del codice, è il tutore che rappresenta il minore; egli solo contrae per lui; la legge non sa cosa sia un minore autorizzato: il minore non deve comparire negli atti nei quali è interessato, come nel dritto Romano; il tutore parla, contrae, stipula, in nome del minore. Quest'ultimo non ha la parola; non si può dunque autorizzarlo. Perciò, quando la legge parla di *atti fatti dal minore*, non può avere intenzione di parlare fuorchè di atti fatti da lui solo, e senza autorizzazione.

Convengo che in tesi generale, è vero il dire che il tutore agisce pel minore, e che la persona di quest'ultimo non comparisce negli atti che passa con i terzi. Pure, vi sono delle convenzioni nelle quali la sua presenza è voluta dalla legge. Senza parlare del matrimonio, che è di una classe distinta (art. 160 del codice civile), si possono citare le convenzioni matrimoniali, nelle quali figura in persona (art. 1095, 1309, 1398). È anzi certo che nei paesi ove domina da lungo tempo il dritto scritto, un resto d'abitudine fa sì, che spessissimo i minori parlino negli atti con l'assistenza e l'autorizzazione del loro tutore, e questa maniera di procedere niente ha di contrario alle disposizioni del codice civile.

Finalmente, se non vogliamo atte-

(1) Art. 1304, 1307, 1308, 1310, 1311.
(2) Art. 1304, 1309, 1311, 1314.

nerci ad un rigorismo di vocaboli puramente accademico, rimarremo convinti che nel linguaggio usuale, del quale bisogna certamente tener conto, si adopra continuamente questa locuzione: *atti passati da un minore autorizzato*, per indicare degli atti nei quali il tutore è intervenuto in nome del minore. Infatti, come dice Pothier, *i minori* CONTRAGGONO *pel ministero* del loro tutore (1)... *Quando il tutore contrae in questa qualità*, SI PRESUME CHE IL MINORE CONTRAGGA DA SÈ MEDESIMO (2).

Ed il legislatore che non è un purista, e che subisce come chiunque l'influenza della lingua volgare, conferma egli stesso la nostra spiegazione.

Udiamolo nell'art. 1304, che abbraccia i casi di rescissione e nullità.

« Relativamente agli atti fatti da-
« gl'interdetti, il tempo non decorre
« se non dal giorno in cui è tolta la
« interdizione, e riguardo a quelli *dei*
« *minori*, che dal giorno della loro
« maggiore età. »

Ecco dunque, ed il sottoposto ed il minore posti in scena, che compariscono personalmente. Ma pure di che si tratta? non solo dell'azione di nullità, ma anche della durata dell'azione rescissoria. Dunque il legislatore suppone che l'atto fatto dal minore o dal sottoposto, è valido nella sua forma, vale a dire che le persone incapaci sono state abilitate conformemente alla legge. Eppure si serve della locuzione usuale: *quelli fatti dal minore*, perchè infatti il minore istesso è quegli che contrae pel ministero del suo tutore, e perchè questo modo di esprimersi, sebbene meno esatto, è più rapido e più laconico.

(1) *Oblig.*, n. 49.
(2) *Oblig.*, n. 74.

Una prova del medesimo genere emerge dall'art. 1311. « Non è più
« ammesso ad impugnare l'obbligazio-
« ne *assunta nella sua minore età*,
« quando, divenuto maggiore, l'ha
« ratificata, sia che tale obbligazione
« fosse nulla nella forma, *sia che fosse*
« *soltanto soggetta a rescissione.* »

Di due cose, una è certa:

O il legislatore non ripugna all'idea di un minore che assume un'obbligazione con l'assistenza e l'autorizzazione del suo tutore, ed è quello che contempla nell'art. 1311 del codice civile; e allora Duranton nulla prova, stabilendo che l'articolo 1305 prende di mira solamente l'atto fatto dal minore, e interpetrandolo mediante l'art. 1304!! Perchè il vocabolo lesione, proferito dal legislatore, esclude ogni idea di nullità per causa d'incapacità, e costringe a limitare l'art. 1305 al caso in cui il minore è assistito in conformità della legge.

Ovvero il legislatore, parlando dell'obbligazione assunta durante la minorità, ha inteso soltanto di alludere ad una convenzione fatta dal tutore in nome del suo minore, uniformandosi così ad un modo metaforico di esprimersi, e denotando come autore del contratto quello che figura nelle qualità, e in nome del quale l'atto vien passato: e sotto questo nuovo aspetto, l'art. 1311 ancora viene in conferma di tutta la nostra dottrina; perchè finchè si tratta di rescissione, invano Duranton si sforzerà a parlare di nullità estrinseca. Noi lo ricondurremo sempre all'ipotesi di un atto valido nella sua forma.

Lo dico con intima convinzione, quanto più rifletto sul sistema da me adottato, tanto più lo trovo semplice, vero, ed in armonia con tutte le disposizioni del codice. Non si può ad-

durre contro di esso, che qualche obiezione *cerebrina* tratta dai pretesi inconvenienti cho produrrebbe nelle relazioni dei terzi col minore, obiezioni senza fondamento, ed a cui credo di avere sufficientemente risposto. Al contrario, il sistema di Duranton è un perpetuo sforzo per porre d' accordo delle disposizioni che si urtano, e non si potrebbero conciliare. Duranton, per quanto a me pare, andrà sempre ad infrangersi contro gli art. 450, e 1124, i quali stabiliscono l' incapacità del minore, e pongono una nullità formale, laddove quest' autore non vuole scorgere che un caso di rescissione. Gli sarà sempre impossibile di coordinare la sua teoria con l' insieme delle disposizioni del codice sulla *minorità*. Egli stesso conviene che nelle sue idee, la combinazione dell' articolo 1305 con questo titolo *fa nascere una grande oscurità* (1). Se egli si riunisse a noi, vedrebbe quest' oscurità cedere il posto alla luce la più chiara, ed al sistema il più razionale.

167. Gl' interdetti per demenza e per imbecillità, sono sottoposti dall' art. 1124 alla medesima incapacità dei minori (1125) (2): la loro incapacità è egualmente relativa (3).

Riguardo al minore emancipato, non può vendere i suoi immobili, fuorchè uniformandosi alle disposizioni prescritte per l' alienazione degli immobili del minore sotto tutela (4).

Lo stesso per la traslazione di una rendita sullo stato eccedente 50 fr. (5).

Ma se si tratta della traslazione di una rendita sul gran-libro, non eccedente 50 franchi, l' emancipato abbisogna solamente dell' assistenza del suo curatore (6); la disposizione legale è la medesima per la vendita dei mobili; ma la vendita sarebbe nulla se trattasse da sè solo; imperciocchè, a forma dell' art. 482 del codice civile, egli non può ricevere un capitale mobile senza il concorso del curatore, che è puranche incaricato di vigilarne l' impiego; d' onde consegue, che una vendita alla quale il curatore fosse estraneo, non sarebbe conforme alla legge. D' altronde l' art. 484 prescrive, che per gli atti diversi da quelli che eccedono i limiti della pura amministrazione, l' emancipato venga uguagliato al minore. Ora l' eguaglianza mancherebbe, se l' emancipato potesse solo e senza assistenza alienare la sua mobilia.

Nullostante, per ciò che concerne la vendita dei frutti, i tagli consueti dei boschi, l' eccedente delle soccide, la pesca degli stagni, l' emancipato gode la pienezza dei suoi dritti, e può procedere senza assistenza, conforme all' art. 481 del codice civile. Perchè questi sono atti di semplice amministrazione, che solo si esercitano sopra le rendite lasciate a disposizione dell' emancipato, e delle quali può emettere ricevuta (7).

In quanto al dritto di comprare, l' emancipato ne è ugualmente investito dall' art. 484, e l' assistenza del suo curatore non è necessaria. Pure, se la compra fosse eccessiva e temeraria, e se oltrepassassso i mezzi del minore emancipato, potrà essere ridotta o annullata (8).

Fu dimandato, se questo dritto di

(1) P. 309.

(2) L. 3, C. *De integ. rest*, art. 502 del codice civile. Toullier, t. 6, n. 108. Mio com. sulle Ipoteche, n. 485 e seg.

(3) Art. 1125 del codice civile.

(4) Art. 484.

(5) Legge 24 Marzo 1806.

(6) *Ibid.*

(7) Art. 481 del codice civile. Duranton, t. 2.

(8) Art. 484. *Supra*, n. 166.

compra si estenda agli immobili, siccome ai mobili. L'affermativa è stata risoluta con decisione della corte di Colmar, del 31 Gennajo 1826 (1).

Ciò non pertanto, la discussione del codice civile sembra che limiti ai soli mobili la facoltà di comprare. Cambacérès non parlava che di *somministrazioni* fatte all'emancipato pei suoi bisogni (2). Berlier diceva nell'esposizione dei motivi: « Frattanto, « poichè egli è chiamato all' amministrazione dei suoi beni, deve avere « i mezzi di provvedervi. Avrà dunque « la facoltà di *comprare le cose neces-* « *sarie al suo mantenimento*, *ed alla* « *utilizzazione dei suoi beni* (3). »

Credo che i lavori preparatorii del codice civile sieno in questa parte la vera spiegazione del suo testo e del suo spirito.

Infatti il primo § dell'art. 484 vuole che il minore emancipato sia incapace per tuttociò che eccede i limiti di una semplice amministrazione. Questa è la regola, ed è savia e previdente.

Poi nel secondo §, l'art. 484 parla di compra che l'emancipato può fare solo, e senza assistenza. Ma perchè questo § sia d'accordo col primo, è d'uopo necessariamente interpetrarlo come Berlier, cioè limitarsi alle compre per i suoi bisogni, e per il suo uso, compre per l'utilizzazione dei suoi beni. Da ciò deriva, che le compre d'immobili sono escluse dalla facoltà concessa all'emancipato.

Si osservi d'altronde, che le compre d'immobili producono talvolta gravi conseguenze. Quando si fanno per via d'aggiudicazione, l'acquirente si espone all'arresto personale, nel caso in cui mancando alle condizioni dell'aggiudicazione, si eseguisca la rivendita a tutto suo rischio e pericolo (art. 744, codice di procedura). Queste considerazioni determinarono la corte di Rouen a statuire, con decisione del 24 Giugno 1819 (4), che un minore emancipato non aveva da sè solo potuto rendersi aggiudicatario di un immobile. Quest'ultima conclusione mi sembra conforme alla legge.

168. Relativamente alle donne maritate, la loro capacità per vendere e comprare è regolata dagli art. 217, 1124, 1449 e 1576 del codice civile.

O che esse sieno in comunione, o che sieno separate di beni, non possono ALIENARE od ACQUISTARE a titolo gratuito ovvero oneroso, senza il concorso del marito all'atto, o senza il suo consenso in iscritto, il quale può, con cognizione di causa, esser supplito dal giudice. (Art. 219.)

Ma se la moglie è separata di persona, o solamente di beni, può alienare I SUOI BENI MOBILI, dei quali ha la libera disposizione. (Art. 1447.)

Si consulti del rimanente a tal proposito Toullier (5) e Pothier, al quale bisogna sempre ricorrere (6).

169. Quelli che a motivo di prodigalità, sono sottoposti all'autorità di un consulente giudiciario, non possono alienare nè ricevere un capitale mobile senza l'assistenza del loro consulente. (Art. 513) (7).

170. Il tutore non può vendere i beni appartenenti al minore, senza adempire certe formalità.

(1) Sirey, 1826, 2, 212.
(2) Locré, t. 3, p. 396, Ediz. Tarlier.
(3) Locré, t. 3, p. 415, Ediz. Tarlier.
(4) Dall., t. 27, p. 426, Ediz. Tarlier.
(5) T. 1 n. 619 e seg.
(6) *Oblig.*, n. 50, e sopra Orléans, t. 10, cap. 8. *Junge*, il mio com. sulle Ipoteche, n. 453.
(7) Consultate Toullier, t. 1, n. 1378.

Per quello che concerne la vendita dei mobili, ordinata dall' art. 452 del codice civile, è d'uopo che questa abbia luogo in presenza del surrogato tutore, mediante incanto tenuto da un officiale pubblico, e previi gli affissi o pubblicazioni. Ma il tutore può consumare questa vendita in virtù delle sue facoltà di conservatore delle cose del minore. Non ha bisogno dell' autorizzazione del consiglio di famiglia.

Non è lo stesso degl' immobili appartenenti al pupillo. A tenore dell' art. 457 del codice civile, il tutore non può venderli senza l'annuenza del consiglio di famiglia (1). Di più l'alienazione dev' esser fatta con le solennità prescritte dagli art. 955 e seguenti del codice di procedura, solennità dispendiose, che spesso rovinano i minori invece di proteggerli.

171. Il *maire* d' un comune non può vendere di propria autorità le cose appartenenti al comune istesso (2).

Vi è anche di più, la comunità istessa è incapace di contrattare (3). Essa non può nè vendere, nè comprare che in virtù di un' ordinanza emanata dietro la proposizione del ministro, sulla dimanda fattane dal consiglio municipale, e trasmessa al ministro dal prefetto, col suo parere confortato dalla prova che il progetto non ha suscitato veruna plausibile opposizione (4).

Questi principii sono stati applicati dalla corte di Nancy nel 14 Maggio 1833. Un certo Niccola Rigolot aveva promesso al comune di Godoncourt, con atto privato, di vendergli, mediante un prezzo specificato, la sua casa per farne una scuola. Il consiglio municipale di Godoncourt si era determinato ad adottare questa proposizione con deliberazione del 15 Aprile 1830. Mentre i documenti erano al ministero dell' interno, la rivoluzione di Luglio cambiò l' amministrazione locale, e la nuova municipalità considerò come disastroso per la comune il progetto adottato dall' antica. Nulladimeno, innanzi che dessa significasse a Rigolot il suo cambiamento di volontà, intervenne un' ordinanza del 26 Novembre 1830, che autorizzò la comune di Godoncourt a comprare la di lui casa. Rigolot essendone informato, intimò giudicialmente la comunità a passar contratto, sotto pretesto che vi era stata promessa di vendere sinallagmatica. La comunità fece opposizione, deducendo per l'organo del suo *maire*, che essa non aveva fatta cosa che potesse obbligarla, poichè aveva soltanto emesso delle semplici opinioni. Sopra tale quistione intervenne decisione così concepita:

« Considerando che se N. Rigolot « ha promesso al comune di Godoncourt di vendergli la sua casa, non « vi è stato però per parte del comune *promessa di comprare*; che la « deliberazione del consiglio municipale del 15 Aprile 1830, dalla quale l' attore vuol fare emergere un « vincolo capace di obbligare la comu-

(1) L. 12, C. *De prædiis minor.* L. 3, C. *Quando decreto opus non est.*

(2) Despeisses, t. 1, p. 4, n. 7. Bouvot, *Vente*, part. 2, quest. 2; Novell. 120, cap. 6, § 2. L. 3, C. *De locat. prædior. civil.*

(3) Id. Charondas *Réponses*, lib. X, § 84. Bacquet, *Droits de justice*, cap. 10. Leber, *Hist. critique du pouvoir municipal*, p. 496 e 541. *Junge*, il mio com. sulle Ipoteche, *loc. cit.*

(4) Leber, *loc. cit.*, pag. 542. Legge del 2 Pratile anno V. Legge del 14-18 Dicembre 1789, art. 54. Legge del 5 Agosto 1791, art. 7, e art. 15 della legge dell' 8 Piovoso anno VIII. Decreto del governo del 7 Germile anno IX.

« ne, *è un atto puramente amministra-* « *tivo*, che nulla aveva di sinallagma- « tico, e che poteva essere sempre « revocato; che il consiglio munici- « pale di Godoncourt, allora privo di « autorizzazione, *non poteva compra-* « *re*, *nè promettere di comprare*; per- « chè questi due dritti si esauriscono « entrambi in una alienazione delle « proprietà comunitative eccedente le « facoltà saviamente assegnate a que- « ste corporazioni; che la deliberazio- « ne della quale si tratta, contiene « *solamente un semplice progetto*, *che* « *non potrebbe esser confuso con una* « *promessa reciproca ed irrevocabile*; « che qualunque sieno le espressioni « che s' incontrano in questa delibe- « razione, in specie la dichiarazione « fatta dai membri del consiglio *che* « *hanno accettato l' offerta della ven-* « *dita*, non può intendersi che di una « accettazione amministrativa, la qua- « le non è altro che un parere, che « un'opinione del consiglio, consegna- « ti in un atto estraneo a Rigolot, e « che non costituisce a di lui riguardo « una vera obbligazione; che è impos- « sibile pretendere che una comuni- « tà venda o compri per mezzo di una « semplice deliberazione; che d' al- « tronde il *maire* solo ha dritto di con- « trarre in nome della comunità, e « che il consiglio municipale non ha « che un dritto di deliberazione e mai « di azione; — che la regia ordinanza « 26 Novembre 1830, la quale auto- « rizza la comunità di Godoncourt ad « acquistare la casa di Rigolot, non « ha altro resultato che quello di to- « gliere l'incapacità della comunità i- « stessa, ma non equivale ad un con- « tratto; che essa concede solamente « al comune la facoltà di contrattare; « che tuttociò che può risultare da « questa ordinanza si è, che sotto la « di lei influenza il *maire* (Rigolot) « avrebbe potuto passare contratto di « vendita, o promessa di vendere bi- « laterale, ma che è impossibile di « considerarla come avente trasfor- « mato in una promessa di vendere « sinallagmatica degli atti che sono « stati soltanto semplici progetti. — « Per questi motivi, etc. (1). »

Questa decisione contiene una retta valutazione dei principii, e la corte gli ha con sagacità percepiti sotto alcuni fatti ambigui che gli velavano.

Per quello che riguarda gli atti di compra e vendita che hanno per oggetto le strade comunitative, quando il valore non oltrepassa 3,000 lire, basta un'autorizzazione data dal consiglio di prefettura (2).

172. La medesima incapacità domina gli stabilimenti pubblici, come ospizii, comunità religiose, etc. (3).

173. I beni che formano il dominio dello stato erano anticamente inalienabili, e le concessioni che ne erano fatte dal principe, venivano riputate semplici impegni, sempre revocabili a piacere (4).

Ma oggi il governo può alienarli in virtù di una legge. Tale è la disposizione della legge 22 Novembre 1790, articolo 8.

174. Nell'antica giurisprudenza, si dichiaravano nulle le vendite fatte da un individuo accusato di delitto capitale, se poi veniva condannato (5).

Non è già che l'accusato fosse col-

(1) *Jurisprudence des cours royales de Nancy et Metz*, t. 1, parte 2, p. 22.

(2) Legge Francese del 28 Luglio 1824, art. 10.

(3) Sull' antico dritto, relativamente alla vendita dei beni ecclesiastici. V. Despeisses, t. 1, p. 2, n. 4.

(4) Editto del 1566. Merlin Rép., V *Domaine*. Despeisses, t. 1, p. 5, n. 8. Chopin, *De domaine*, lib. 1, t. 3, n. 4.

(5) Decisione del parlamento di Parigi del 22 Maggio 1599. Despeisses, t. 1, p. 5, n. 9.

locato in uno stato d'incapacità. Le leggi Romane ammettevano positivamente ch'egli fosse *integri status* (1).

Ma si credeva che la posizione di un accusato potesse suggerirgli dei raggiri dolosi per defraudare il fisco e le parti civili; si supponeva agevolmente la frode, perchè dessa era frequente, e perchè i pericoli che minacciavano l'accusato dovevano naturalmente suggerirgliene il pensiero (2).

Quindi, se un accusato vendeva tutti i suoi beni, o se ne vendeva soltanto una parte a vantaggio di un parente prossimo, o se anche si penetrava che dopo aver venduto il suo patrimonio continuava a perciperne le rendite, i sospetti di frode apparivano abbastanza veementi per armarsi di rigore (3).

Se al contrario l'accusato vendeva una parte sola de' suoi beni per sodisfare ai bisogni che provava in carcere, e per provvedere alla sua difesa, la vendita si considerava legittima (4).

Sotto l'impero del codice civile, queste circostanze potranno tenersi a calcolo, sia per annullare, sia per confermare gli atti fatti da un accusato. Esse vengono rilasciate alla saviezza del giudice. Quello che è certo si è, che l'accusato non è per legge incapace, e che i suoi atti possono venire impugnati per solo motivo di frode.

175. Chi è morto civilmente può comprare e vendere (5). Imperocchè la pena che lo colpisce non ha altro effetto che di eliminarlo dalla società civile, e non lo priva dei vantaggi che il dritto naturale, o il dritto delle genti assicurano all'uomo. « Deportatus, « diceva Marciano, civitatem amittit, « et speciali quidem jure civitatis non « fruitur, jure tamen gentium utitur. « *Emit, et vendit, locat, conducit*, per- « mutat, fænus exercet, et cætera si- « milia, et postea quæsita pignori da- « re potest (6). »

Credo non pertanto necessario di apporre a questo punto una restrizione. Che un morto civilmente adopri per vendere e comprare i mezzi che sono in uso nel gius delle genti, che egli contragga, o si obblighi verbalmente o per atto privato, nissuno potrà negarlo. Ma mi sembra difficile di ammettere, che sia a lui permesso ricorrere alle formalità introdotte dal dritto civile, e di ottenere che i pubblici officiali imprimano agli atti da lui posti in essere quel carattere di autenticità che la legge fa resultare da certe speciali formalità. Ciò sarebbe lo stesso che partecipare al dritto civile, e chi è civilmente morto, non può spinger tant'oltre le pretensioni.

176. §. Il comproprietario di una cosa indivisa può vendere la sua parte avanti la divisione (7); ma se la divisione si effettua in seguito, ecco il pericolo che correrà il compratore.

Potrà accadere che l'oggetto indiviso cada nella porzione del comproprietario del venditore; allora a forma degli art. 883, 1476 e 1872 del codice civile, si reputerà che il ven-

(1) L. 41 e 42. Dig., *De solut.* L. 46, § 6, Dig., *De jure fisci.* Richer, *Mort civile*, p. 118.

(2) Richer, *Mort civile*, p. 118.

(3) Bartolo, sulla legge 15, Dig., *De donat.*

(4) Papon, *Des donations*, t. 5. Gotifred., sulle legge 15, Dig., *De donat.*

(5) V. il mio com. sulle Ipoteche, n. 463, *ter.*

(6) L. 17, § 1, Dig., *De interd. et releg.* Cujac. nel suo com. sulla leg. 121, Dig., *De verb. oblig.*, t. 2, 1505, 1506. Richer, pag. 208. Art. 33 del codice civile.

(7) Ulpiano, l. 13, § 17, Dig. *De act. empt.* *Infra*, n. 207, e *supra*, n. 11. Art. 1667 del codice civile.

ditore non abbia mai avuta la proprietà di quella cosa. La vendita sarà dunque sciolta, e i dritti del compratore saranno annullati.

Ma se per effetto della divisione, il venditore conserva la cosa, o una parte di lei, la vendita sarà valida. « *Sed si certis regionibus fundum inter* « *te et Titium judex divisit, sine dubio partem quæ adjudicata est, em-* « *ptori tradere debes* (1). »

L'applicazione di questo principio fu controversa dinanzi la corte di Nancy, in una causa che si complicava pel concorso di particolari circostanze.

Gli eredi di un tal Foller, avevano goduto per lo spazio di parecchi anni, senza divisione, dell'opulenta eredità di questo individuo. Avevano peranche fatto una convenzione, in forza della quale ognuno di essi poteva prendere sopra i fondi della successione le somme necessarie ai loro bisogni. Foller, patrocinatore a Parigi, e coerede, stimolato da urgenti bisogni, si fece rimettere dal notaro Marchal, che amministrava la successione per conto degli eredi, delle somme maggiori al valore della sua parte eventuale. Ben presto, in seguito di nuovi bisogni, Foller vendè ad un terzo la sua parte indivisa in un immobile pertinente all'eredità. Giunse il momento della divisione: i coeredi trovarono che Foller aveva assorbito, ed anche ecceduto, il valore della sua porzione mediante le somme di danaro da lui prelevate sulla massa comune; pretesero in conseguenza, ch'egli era sodisfatto del suo avere innanzi la vendita dell'immobile ereditario da lui consentita, e ne chiesero la nullità. Durante questo tempo la divisione si prosegui, ed il notaro diede a Foller una porzione d'immobile equivalente alla parte che gli spettava nella successione (il terzo). Ma questa circostanza nulla cambiò nel sistema degli altri eredi, i quali persisterono a sostenere, che Foller non aveva potuto vendere la sua parte indivisa. È evidente che questo sistema non era ammissibile. Perciò venne unanimemente proscritto con decisione inedita della corte di Nancy, proferita l'8 Febbrajo 1833 sotto la mia presidenza.

Ecco i termini di questa decisione.

« Considerando in sostanza, che « ogni coerede di una successione in« divisa ha un dritto quesito agl'im« mobili di detta successione, e che « niente gli vieta di vendere la sua « porzione, salvo i risici della divi« sione;

« Che se Giulio Foller ha ricevuto « nelle somme che fanno parte del« l'eredità, una parte più considera« bile di quella che gli appartiene, « questa non è una ragione per deci« dere che egli ha con ciò rinunziato « al suo dritto sugli immobili; che a« gendo in tal modo egli non ha fatto « altro che prendere delle somme in « prestito dai suoi coeredi . . . ; che « perciò Giulio Foller ha dovuto pren« dere il suo terzo negli immobili del« la successione, e che ha potuto an« che innanzi la divisione, la quale « non è mai attributiva, ma declara« tiva, vendere la sua porzione even« tuale; che Francesco Robert ha com« prato in buona fede questa parte, « che oggi comprende il lotto C., e che « questa vendita deve produrre tutti « i suoi effetti, etc. »

§. Quegli a danno del quale è stato fatto un pignoramento d'immobili,

(1) Legge precitata, art. 1667 del codice civile.

fin dal momento in cui il pignoramento gli è denunziato, non può alienare l' immobile pignorato. In caso di vendita, l' alienazione è nulla di dritto, senza che vi sia neppure bisogno di farne pronunziare la nullità (1).

Tuttavia l' art. 693 del codice di procedura, vuole che l'alienazione in simil guisa fatta riceva esecuzione, se avanti l' aggiudicazione l' acquirente deposita una somma sufficiente per soddisfare la sorte principale, gl' interessi e le spese dei crediti inscritti, coll' onere di far significare l' atto di deposito ai creditori inscritti.

Si dimanda se la vendita fatta dal pignorato, quando si trova sotto l'influenza del pignoramento debitamente denunziato, può rivivere quando il pignoramento è abbandonato.

Per esempio, io sono creditore di Pietro di 100,000 fr. Egli mi da in pagamento un immobile, sul quale vi è un pignoramento effettuato e denunziato. Ignorando questa circostanza, io passo contratto autentico; ma ben presto apprendo che sono stato ingannato; e considerando la vendita come non avvenuta, mi unisco al creditore per ottenere l' espropriazione. Mentre che la procedura segue il suo corso, il debitore comune sodisfa l' autore del pignoramento; dal canto mio, cesso dagli atti esecutivi per ciò che mi riguarda; poi faccio rivivere la dazione in pagamento che mi è stata fatta, e notifico ai creditori inscritti all'effetto di eseguire la purgazione delle ipoteche. Avrò io dritto a farlo? No senza dubbio. Ciò sarebbe lo stesso che fare una vendita da me solo, e senza il consenso del venditore col mio. Da un lato, io ho considerato l'atto come nullo, ho agito come se più non esistesse. Dall' altro, si può dire che la volontà del venditore ha potuto non persistere durante quest' abbandono dal lato mio, e che bisogna che si dichiari di nuovo in un modo formale.

Nullostante, e indipendentemente da queste circostanze di fatto, si deve dire che in generale la nullità di dritto pronunziata dall' art. 692 del codice di procedura non è assoluta, e che è stata introdotta soltanto nell' interesse dei creditori (2). L' art. 693 offre infatti la prova che dessa non ha luogo, quando questi ultimi non hanno più interesse a prevalersene.

§. Il fallito non può alienare, perchè è spogliato della proprietà de' suoi beni; si può anche fare annullare l'alienazione dei beni immobili fatta nei dieci giorni che precedono l' apertura del fallimento, se vi è frode in danno dei creditori (3).

§. Vi sono altre persone, la capacità delle quali per vendere esce dai termini del dritto comune; tali sono l' erede beneficiato, il curatore all' eredità giacente, i sindaci provvisorii di un fallimento, i sindaci definitivi, quelli che vengono immessi nel possesso provvisorio dei beni d'un assente, etc. Si consultino i principii da me esposti sopra tal materia nel mio comento sulle ipoteche (4).

177. Si può vendere da per sè, o per mezzo di procuratore.

Ma se il procuratore eccede il suo mandato, la vendita non sussiste.

Le leggi Romane ci somministrano degli esempii rimarchevoli di questa regola di dritto.

Esse dichiarano nulla la vendita

(1) Art. 692 del codice di procedura civile.
(2) *Infra*, n. 678, sulle Nullità di dritto.
(3) Art. 444 del codice di comm. Mio com. sulle Ipoteche, n. 819.
(4) N. 817, 818 e seg.

fatta dal procuratore ad un individuo diverso da quello nominato nel mandato di procura (1), ovvero la vendita fatta a prezzo minore di quello per cui aveva incarico di farla (2). Nella stessa guisa, se il mandatario ha fatto susseguire alla vendita la tradizione, quando il prezzo non era ancora pagato, e che a forma del suo mandato non doveva dare il possesso al compratore, senza ricevere il prezzo, il proprietario mandante potrà ritirare la cosa dalle mani del compratore (3).

In fine, il mandato per alienare deve essere espresso (4). Il mandato concepito in termini generali abbraccia soltanto gli atti d' amministrazione.

(1) Giavoleno, l. 63, Dig. *De cont. empt.*

(2) Ulpiano, l. 1, § 3, Dig. *De except. rei vend.* Giuliano, l. 7, § 6, Dig. *Pro emptore.*

(3) Ulpiano, l. 3, § 1, Dig. *De except. rei vend.* Despeisses, t. 1, p. 2, n. 3.

(4) Art. 1988 del codice civile.

ARTICOLO 1595.

Il contratto di vendita non può aver luogo tra i conjugi, che nei tre casi seguenti:

1° Quando uno dei conjugi, giudicialmente separato, cede all'altro dei beni in pagamento dei suoi dritti;

2° Quando la cessione che il marito fa alla moglie, anche non separata, è fondata sopra una causa legittima, come sarebbe il rinvestimento dei di lei immobili alienati, o del danaro a lei spettante, se quest' immobili o danaro non cadono in comunione;

3° Quando la moglie cede al marito dei beni in pagamento di una somma da lei promessagli in dote, quando siasi esclusa la comunione.

Salvi, in questi tre casi, le ragioni degli eredi delle parti contraenti, quando ne risulti alcun vantaggio indiretto.

SOMMARIO.

178. Necessità della disposizione che proibisce il contratto di vendita tra marito e moglie. Ogni vendita tra i conjugi ha in sè una presunzione legale di frode. Antichi statuti. Dritto Romano.

179. Eccezioni a questa regola: 1° Quando vi è separazione, e che uno dei conjugi cede all' altro dei beni in soddisfazione de' suoi dritti.

180. 2° Quando la vendita fatta dal marito alla moglie è basata sopra una causa legittima. Questa eccezione non procede quando la moglie vende al marito. Casi nei quali la vendita deriva da causa legittima. L' art. 1595 è puramente dimostrativo. Casi nei quali vi è frode. Citazione di alcune decisioni.

181. 3° Quando la moglie fa al marito una dazione in pagamento per un debito dotale.

182. La moglie non può fare al marito una vendita per pagarlo della somma che gli doveva avanti il matrimonio. Durezza della disposizione della legge sopra tal proposito. Voto per la sua riforma.

183. Nel caso in cui la vendita è permessa, se produce un vantaggio indiretto, competerà agli eredi l' azione per la riduzione.

184. L' azione per lesione in una vendita tra i conjugi è sospesa durante il matrimonio.

185. Le vendite tra i conjugi, non autorizzate dall' articolo 1595, sono nulle, ovvero sono donazioni simulate semplicemente sottoposte alla revoca? Conflitto tra Toullier e le decisioni. Opinione conciliatrice.

COMENTO.

178. Se il legislatore non avesse apposto degli ostacoli alle vendite tra marito e moglie, nulla sarebbe stato più facile che di eludere la proibizione fatta ai conjugi di avvantaggiarsi oltre certi limiti (articolo 1099 del codice civile) (1).

Di più, i conjugi avrebbero posseduto un mezzo infallibile di rendere irrevocabili dei doni che la legge sottopone, alla pari dei testamenti, ad una condizione perpetua di revocabilità (art. 1096 del codice civile). « Dovevasi temere (e qui mi servo delle espressioni di Portalis (2)), l'abuso « che il marito può fare della sua autorità, e quello che avrebbe la sua « sorgente nell' influenza che la donna « può acquistare col mezzo dei dolci « affetti da lei ispirati. »

Finalmente, il marito è il capo della società conjugale, e l' amministratore degli interessi comuni. La moglie non può fare verun atto senza la sua antorizzazione ; e chi potrebbe ripromettersi che la medesima persona potesse conciliare l' interesse esclusivo e personale d' un contraente, con la savia vigilanza di un protettore (3)? È stata dunque stabilita la presunzione di dritto che tra persone così intimamente unite, tanto dominate da scambievoli influenze, la vendita nasconde una donazione (4), od una frode a danno dei terzi.

Per questo motivo alcuni statuti avevano vietato tra i conjugi qualunque specie di contratto a vantaggio di uno tra essi (5).

Nulladimeno vi sono alcuni casi di eccezione, nei quali la vendita tra i conjugi può avere delle cause legittime (6). Il codice gli enumera (7), e noi andiamo tra poco a farne menzione. Si osservi per ora, che riguardo ai conjugi, l' incapacità di vendere e di comprare, è la regola generale. Ci siamo sopra tal rapporto allontanati dalle leggi Romane, le quali non presumevano di dritto la simulazione, e che anzi raccomandavano di non mostrare tanto rigore nella censura dei patti del contratto. « Non amare, nec « tanquam inter infestos jus probibi« tæ donationis tractandum esse, sed « ut inter conjunctos maximo affectu « et solam inopiam ex mimia donatio« ne timentes (8). »

179. Il primo caso d'eccezione autorizzato dal nostro articolo, è quello nel quale i conjugi trovandosi giudicialmente separati di beni, uno di essi cede all' altro dei beni in pagamento dei suoi dritti. La legittimità di una simile cessione apparisce evidentissima: piuttosto che una vendita è una dazione in pagamento.

180. Il secondo caso d'eccezione è quando la vendita fatta dal marito alla moglie, ancorchè non separata, deri-

(1) Discorso del tribuno Fabro, e del tribuno Grenier. Locré, t. 7, p. 91 e 109. Ediz. Tarlier.

(2) *Exposé des motifs* (*Ibid.* p. 72).

(3) Portalis, *Exposé des motifs.*

(4) Portalis, *Exposé des motifs.* (Locré, t. 7, p. 72.)

(5) Normandie, art. 410, Nivernais, c. 23, art. 27. Bourbonnais, art. 226. Pothier, *Donation entre mari et femme*, n. 78. Toullier, t. 12, n. 41. T. 6, Ed. Tarl.

(6) Ciò veniva ammesso sotto l' impero degli statuti. (Coquille, sopra Nivernais, *loc. cit.* Molinèo, sopra Paris, art. 156, n. 5.)

(7) Uno dei conjugi può rendersi aggiudicatario di un immobile espropriato ad istanza dei creditori a danno dell' altro conjuge (*Infra*, n. 193). Il contratto di vendita in tal caso non succede tra i conjugi, giacchè il venditore è piuttosto il creditore pignorante.

(8) Paolo, l. 28, § 2, Dig. *De donat. inter vir. et uxor.* Voet, n. 11, e n. 8 Pothier, *loc. cit.*

va da una causa riconosciuta legittima.

Primieramente è cosa essenzialissima osservare, che questo paragrafo non potrebb' essere esteso al caso di una vendita fatta dalla moglie al marito, perchè parla del solo caso in cui il marito vende alla moglie. Si comprende infatti che il legislatore volle mostrarsi più condiscendente quando la vendita è passata a vantaggio della moglie dal marito, che è il capo della società conjugale, e che nella sua posizione si trova più in dipendente.

Si noti inoltre, che facendo dipendere la vendita da una necessità veramente legittima, il codice non poteva entrare nell'enumerazione di tutti i casi nei quali si riscontra una giusta causa. Appartiene ai tribunali il riconoscerli con saviezza e discernimento, e in tal materia sono investiti di un potere prudenziale (*discrétionnaire*). L'esempio somministrato dal nostro articolo nulla ha di limitativo; esso è semplicemente indicativo di una ipotesi che giova a render più chiaro lo spirito della legge (1); e indicando come legittima la vendita fatta dal marito alla moglie per rinvestimento dei suoi proprii beni (*propres*) (2) alienati, o di danari a lei spettanti, non ha voluto togliere alla moglie il dritto di comprare da suo marito, in una folla di altri casi nei quali essa deve vigilare la conservazione dei suoi dritti, e farsi pagare ciò che le è dovuto.

Ma d' altronde, i tribunali non debbono lasciarsi ingannare da false apparenze di legittimità e da raggiri, che d'ordinario servono a colorire delle frodi. Per tal motivo la corte di Grenoble dichiarò nulle delle vendite fatte da un marito alla moglie per pagarla della sua dote, mentre che era maritata sotto il regime dotale, e non era stata pronunziata alcuna separazione (3). È chiaro che il pagamento della dote manca di causa legittima, se è fatto prima della separazione, o dello scioglimento del matrimonio.

181. Il terzo caso d' eccezione avviene, quando la moglie cede dei beni al marito in pagamento d'una somma da lei costituitasi in dote, e se è stata esclusa la comunione.

La moglie, contraendo il matrimonio, può aver promesso di recare in dote una somma di danaro. Se non può realizzarla, niente le impedisce di sostituirvi degli immobili (4). È meglio per lei conservare un immobile a cui fosse affezionata, che esser costretta di venderlo ad un terzo per versarne il prezzo nelle mani del marito.

Ma una tal vendita non è permessa, se i conjugi sono in comunione. Perchè altrimenti, rimpiazzare una somma, che venendo a far parte della comunione non sarebbe forse più suscettibile di recupero, con un immobile che per legge non ne fa parte, sarebbe lo stesso che fare un lucro, e non una vendita.

182. *Quid*, se la moglie fosse debitrice del marito per cause anteriori al matrimonio? Potrebb'ella fargli una dazione in pagamento?

Regnaud (de Saint-Jean d'Ange-

(1) Decisione di Parigi, 21 Gennajo 1814 (Dalloz, V *Vente*, t. 28, p. 80). Bordeaux, 1º Dicembre 1829 (Sirey 1830, p. 66). Cassaz., 23 Agosto 1825 (*Supra*, t. 26, 1, p. 379).

(2) Il tribunato non ha voluto lasciare inserire nell' art. 1595 l' espressione di beni proprii (*propres*), ed ha preferito di adoprare una circonlocuzione (Locré, t. 7, p. 91, Ediz. Tarlier). Quest' affettata riservatezza di linguaggio non si trova più nell' art. 3135 del codice civile, n. 3.

(3) Decisioni del 24 Gennajo 1826, e 8 Marzo 1831 (Sirey 1832, p. 55).

(4) Tronchet, discussione al consiglio di stato. (Locré, t. 7, p. 31, Ediz. Tarlier.)

ly) aveva dimandato che l'art. 1595 fosse disteso in maniera da autorizzare in tal caso la vendita fatta dalla moglie al marito (1). Quindi era stato deciso di sopprimere il n. 3 dell' art., e di comporre così il n. 1: « Quando uno « dei conjugi cede all' altro dei beni « in pagamento dei suoi dritti. » Ma questa redazione non fu conservata nel testo del progetto presentato al tribunato (2); ignoro per quali motivi il § 1 dell' art. 1595 fu riprodotto colla sua limitazione, per il caso di giudiciale separazione, ed anche perchè il § 3 restò circoscritto all' ipotesi delle somme dotali promesse dalla moglie. Pure la specie di cui si tratta non è compresa in alcuno dei tre casi previsti dall' articolo presente, ed è innegabilmente protetta dalle medesime circostanze di giustizia!!

Il prendere un partito intorno a queste difficoltà, ci pone in un grande imbarazzo; perchè da un lato si è dominati dall' equità che protegge la causa del marito, e dalla risoluzione adottata dal consiglio di stato; dall'altro, si è vincolati dalle parole restrittive del nostro articolo, il quale dispone: « Il contratto di vendita non « può aver luogo tra i conjugi, che nei « tre casi seguenti, etc. » Ciò nondimeno, io credo che in questo conflitto sia d'uopo attenersi al testo della legge. Questo testo è tanto chiaro, tanto positivo, tanto assoluto, che il giureconsulto è costretto di sottomettere ad esso la sua ragione. Gli è solo permesso il far voti per la riforma dell' art. 1595, nel senso che per un istante prevalse nel consiglio di stato.

(1) Locré, *ibid.*
(2) Locré, t. 7, p. 91, Ediz. Tarlier.
(3) Grenier tribuno (Locré, t. 7, p. 109, Ediz. Tarlier). Toullier, t. 7, n. 41, Ediz. Tarlier.

183. Se nei tre casi contemplati dal nostro articolo, la vendita, sebbene animata da causa legittima, nascondesse un lucro indiretto superiore alla porzione disponibile, gli eredi dell'altro conjuge potrebbero intentare l' azione della riduzione (3). Questo è il significato della disposizione finale dell' articolo.

184. Il tempo della prescrizione per chiedere la rescissione di una vendita tra i conjugi, autorizzata dal nostro articolo, non corre durante il matrimonio (art. 2256, cod. civ.) (4).

185. Vediamo ora qual' è l' esito delle vendite tra i conjugi, che non sono comprese nei tre casi di eccezione specificati dal nostro articolo. Sono esse nulle? ovvero debbono considerarsi come donazioni simulate, sottomesse a revoca (art. 1096)?

Toullier difende questa seconda opinione, come quella che porta seco tutti i caratteri di una palpabile evidenza. Egli la giustifica coll' osservare che il nostro articolo non pronunzia la pena della nullità, come lo fanno i due articoli seguenti per i casi che hanno in mira. Combina dipoi l' art. 1595 con l' art. 1096; spiega il primo col mezzo del secondo, e conclude coll' assomigliare a donazioni riducibili, le alienazioni vietate dal nostro articolo (5).

Questa proposizione è contradetta da due decisioni di Grenoble, che abbiamo sopra citate (6), e che hanno statuito che simili vendite tra i conjugi sono nulle di fronte ai terzi che pignorano a danno del marito i beni alienati a vantaggio della moglie.

(4) Toullier, t. 7, n. 41, Ediz. Tarlier.
(5) Toullier, t. 7, n. 41, Ediz. Tarlier.
(6) N. 180.

Si può anche invocare, a sostegno di questa seconda opinione, la decisione della cassazione 13 Maggio 1817 (1).

La verità è che non si può decidere in modo assoluto, e dietro una regola invariabile stabilita *a priori*, dell'esito delle vendite di cui si tratta.

Può accadere che i conjugi abbiano inteso dissimulare sotto l'apparenza di un contratto oneroso, una vera donazione, e allora non vi è dubbio che tale atto sia valido nei limiti e condizioni descritte dall'art. 1096.

Ma può succedere altresì, che i conjugi abbiano avuto l'intenzione di fare una vendita priva di ogni spirito di donazione, sia che essi abbiano voluto sistemare in buona fede degli affari di famiglia, sia che abbiano cercato dei mezzi per sottrarre alle ricerche dei creditori del venditore dei beni, il pignoramento dei quali era imminente. Come mai, in un atto simile, il quale occorre dirlo, è il più frequente, si potrebbe confermare, come donazione, un atto in cui la volontà di donare non fosse intervenuta?

L'opinione di Toullier non deve dunque essere accolta che con precauzione. Il giudice valuterà le circostanze che hanno presieduto alla vendita, consulterà l'intenzione, la buona fede, e la posizione delle parti.

(1) Dalloz, t. 28, p. 79, Ediz. Tarlier.

ARTICOLO 1596.

Non possono essere aggiudicatarii, *sotto pena di nullità*, nè direttamente, nè per interposte persone,

I tutori, relativamente ai beni di quelli di cui hanno la tutela;

I procuratori, per i beni che sono incaricati di vendere;

Gli amministratori, per i beni delle comuni, o degli stabilimenti pubblici affidati alla loro cura;

I pubblici officiali, per i beni del demanio, le vendite dei quali si eseguiscono mediante il loro ministero.

SOMMARIO.

186. Incapacità di comprare pronunziata contro quattro classi di persone.

187. 1° I tutori non possono comprare i beni dei loro pupilli. *Quid*, del tutore surrogato, del curatore, del consulente giudiciario? Dissenso con Duranton.

188. 2° Il procuratore non può comprare i beni che ha l'incarico di vendere. Applicazione di questo principio al patrocinatore che ha la commissione di fare eseguire un'aggiudicazione. Dissenso con una decisione di Bourges, del 15 Febbrajo 1815.

189. 3° Gli amministratori non possono comprare i beni della comunità, etc., affidati alla loro cura.

190. 4° I giudici, i supplenti, i procuratori ed avvocati generali, i sostituti, non possono divenire aggiudicatarii nelle vendite alle quali si procede nel loro tribunale. Singolare omissione dell'art. 1596. Eccezione alla regola contenuta in questo numero.

191. 5° Quelli che procedono alle vendita dei beni nazionali, non possono divenirne aggiudicatarii.

192. 6° Non può divenire aggiudicatario, quegli che ha sofferto il pignoramento. Ragione di questa disposizione del codice di procedura. La moglie del pignorato, in comunione di beni con esso, può divenire aggiudicataria? Non è essa persona interposta? Decisioni contrarie esaminate e discusse.

193. Quando accade che vi sia interposizione di persone nel significato dell'art. 1596 del codice civile? Devesi applicare di dritto l'art. 911 del cod. civile?

194. Da chi può essere invocata la nullità pronunziata dall'art. 1596.

COMENTO.

186. L'art. 1596 pronunzia una incapacità relativa di comprare contro quattro classi di persone da esso annoverate, e pronunzia la nullità delle vendite passate a loro vantaggio, sia direttamente, sia mediante persone interposte.

187. 1° *I tutori* non possono comprare i beni di quelli di cui hanno la tutela. « Tutor, diceva il giureconsulto Paolo, rem pupilli emere non « potest; idemque porrigendum est « ad similia, *ad curatores, procuratores et qui aliena negotia gerunt* (1). »

E Modestino confermava questo principio con la seguente proposizione generale, che ne additava nel tempo stesso la ragione:

« Non licet ex officio quod administrat quis, emere quid vel per se, « vel per aliam personam (2). »

Pure, se la vendita si facesse all'incanto, non si vieterebbe al tutore di rendersi aggiudicatario (3). Despeisses (4) e Tronçon (5), riferiscono una decisione del 12 Gennajo 1620, la quale conferma un' aggiudicazione fatta ad un tutore, di un immobile del minore pignorato ad istanza de' suoi creditori.

Il codice civile proscrive oggi questo modo di giudicare. Premuroso di prevenire la lotta dell' interesse personale col dovere, non vuole che il tutore possa neppure divenire *aggiudicatario* dei beni del minore (6) (i quali, come è noto, si vendono sempre al pubblico incanto); esso ha temuto che la cupidigia lo inducesse a praticare dei raggiri disonesti per ingannare quelli che s' informassero da lui sul valore dei beni, e per impedire ai concorrenti di presentarsi.

La proibizione pronunziata contro il tutore si estende forse anche al tutore surrogato?

Per rispondere a tale quistione, è d' uopo fare una distinzione tra la vendita volontaria, e la vendita coatta.

Nel primo caso, gli art. 452 e 459 del codice civile, esigono che il tutore surrogato sia presente alla vendita per sorvegliarla. Quindi non si può ammettere che si possa offrire per acquirente, perchè vi è incompatibilità tra il suo ufficio di custode degli interessi del minore, e quello di aggiudicatario. Duranton erra evidentemente (7), quando insegna che la legge non pronunzia, contro il surrogato tutore, alcuna incapacità per il caso del quale parliamo. Se l' art. 1596 è muto, gli art. 452 e 459, si esprimono energicamente.

Ma quando la vendita si fa in sequela di espropriazione forzata, non si trovano più le medesime proibizioni. Il tutore surrogato non ha più verun ministero d' intervenzione da adempire, in una procedura che si effettua assai meno nell' interesse del minore, che in quello dei creditori. Torna adunque allora sotto l' impero del dritto comune, e non gli si potreb-

(1) L. 34, § 7, Dig. *De cont. empt.*

(2) L. 46, *ibid.*, Pothier, Pand., t. 1, n. 22.

(3) L. 5, al C. *De cont. empt.* Brunemanno, sopra questa legge.

(4) T. 1, p. 5, n. 11.

(5) T. 16, *Des criées*, art. 359.

(6) Fabro, tribuno, impiega espressamente la parola *aggiudicatario*. Locré, t. 7, p. 91, Ediz. Tarlier.

(7) Duranton, t. 16 (Ed. Tar., t. 9), n. 134.

be applicare l'art. 1596, che si occupa del solo tutore, nè alcun altro articolo analogo.

Parliamo ora del curatore. Può egli divenire aggiudicatario dei beni del minore non emancipato?

Io non posso crederlo, malgrado l'opinione affermativa di Duranton (1). Quando si tratta di alienare, l'emancipato non è altro che un minore ordinario, ed il curatore verso di lui adempie le funzioni di tutore (arg. dell'art. 484 del codice civile); deve inoltre assistere il minore pel ricevimento del prezzo della vendita, e sorvegliare il rinvestimento dei capitali (art. 482 del codice civile). Si scorgono a prima vista tutti gli inconvenienti che vi sarebbero nel permettere al curatore di esser giudice, assistente, e sorvegliante nella sua propria causa. Si manifesta adunque qui una incompatibilità, la quale supplisce al silenzio dell'art. 1596 (2). La leg. 34, § 7, al Dig. *De cont. empt.*, citata al n. 187, l'aveva ben presentita.

Ma non credo però che il curatore sia incapace di comprare i beni dell'emancipato, venduti in seguito di espropriazione forzata. Il suo ministero non è minimamente richiesto ad intervenire in questa procedura.

Quid, del consulente giudiciario dato ad un prodigo? Le medesime distinzioni gli sono applicabili. Perchè il prodigo non può alienare volontariamente senza l'assistenza di questo consulente (art. 513 del cod. civ.).

188. 2° *Il procuratore* non può comprare i beni che è incaricato di vendere.

Qui si presentano le ragioni che hanno fatto pronunziare l'incapacità del tutore. Quest' incapacità resulta dai testi precisi che abbiamo accennati nel numero precedente.

D'onde ne segue che un procuratore non può divenire aggiudicatario, in proprio nome, dei beni dei quali è incaricato di fare eseguire l'aggiudicazione; perchè è procuratore incaricato di vendere (3). Pure il contrario venne giudicato con decisione della corte di Bourges, del 15 Febbrajo 1815 (4); ma impossibile mi sarebbe conciliare questa decisione col nostro articolo. Invano si argomenterebbe da ciò che ho detto sopra, al n. 79, e dall'art. 709 del codice di procedura. Se quest'articolo stabilisce che il patrocinatore ultimo offerente verrà riputato aggiudicatario in nome proprio, qualora non dichiari dentro i tre giorni il nome del suo cliente, non dice che una tale aggiudicazione è regolare e valida, e che il patrocinatore non sarà passibile dei minimi danni ed interessi, per aver fatto un simile atto. Una pratica contraria comprometterebbe i dritti dei creditori, e non farebbe ricavare dalla vendita coatta, che un prezzo vile ed insufficiente.

189. 3° *Gli amministratori* non possono comprare gl' immobili delle comunità e stabilimenti pubblici, affidati alla loro cura.

« Nell' antica Roma, diceva Portalis (5), i governatori non potevano « acquistare alcuna cosa nell'estensione del loro governo; ed i magistrati « nulla potevano acquistare nel loro

(1) T. 16, n. 135.

(2) *Nemo potest esse auctor in re sua.*

(3) Rouen, 6 Maggio 1815. (Sirey, 1815, 2, 223).

(4) Dalloz, V *Saisie immobilière*, non dà i motivi di questa decisione. Tali omissioni sono pregiudicevoli. A che serve una decisione, quando se ne ignorano i considerandi?

(5) *Exposé des motifs.* (Locré, t. 7, p. 72).

« territorio giurisdizionale. Volevasi « allontanare da essi anche il sospet« to di mischiare delle mire d'interes« se privato con i grandi interessi pub« blici affidati alla loro sollecitudine.

« Una novella di Valentiniano (1), « mitigò il rigore di questa legislazio« ne; e questa novella, a testimonian« za di Cujacio, ha costituito il dritto « della Francia (2).

« Ma una folla di decisioni profe« rite in forma di regolamento (3), « hanno costantemente pronunziato « la nullità delle aggiudicazioni fatte « a dei giudici e a degli amministra« tori incaricati, per ufficio, della sor« veglianza dei beni aggiudicati... Fu « opinato che il titolo pubblico della « loro carica gli sottoponga a pre« cauzioni maggiori dei semplici pri« vati, per metterli a coperto del so« spetto di abusare della loro autorità « nelle occasioni in cui non possono « e non debbono mostrarsi che come « amministratori o come magistrati. »

190. È singolare che il nostro articolo non dica una parola dei giudici e dei magistrati, che Portalis colloca sempre sulla medesima linea d'incapacità degli amministratori; ma questa omissione del legislatore è riparata dall'art. 713 del codice di procedura, il quale proibisce ai giudici, giudici supplenti, procuratori generali, avvocati generali, regii procuratori, sostituti e cancellieri del tribunale nel quale si eseguisce la vendita, di divenire aggiudicatarii, sotto pena di nullità, e dei danni ed interessi.

Pure fu giudicato con ragione, che quando un giudice, faciente parte del tribunale nel quale si procede alla vendita, è nel tempo stesso creditore istante, possa divenire aggiudicatario (4).

L'art. 713 del codice di procedura, si applica anche alle vendite volontarie fatte per via giudiciaria (5).

191. 4° Chi procede alla vendita dei beni nazionali non può divenirne aggiudicatario.

Regnaud (de Saint-Jean d'Angely), fece osservare al consiglio di stato, che questa disposizione non si estendeva ai prefetti ed altri amministratori, fuorchè quando essi medesimi fanno la vendita; ed aggiunse: « Quelli che vogliono divenire aggiudi« catarii, debbono farsi rimpiazzare, « per non esser giudici nella loro pro« pria causa (6). » I segretarii generali delle prefetture sono compresi nel presente articolo (7).

192. L'art. 1596 chiude qui l'enumerazione delle incapacità da lui pronunziate.

Ma noi ne rintracciamo una nuova nell'art. 713 del codice di procedura; quest'articolo vieta al debitore pignorato di divenire aggiudicatario. Rigetta le offerte che potrebbe fare, e proibisce ai patrocinatori di rendersi aggiudicatarii in suo nome.

È facile comprendere i motivi di questa disposizione. Qual fondamento avrebbero le offerte di quegli che si trova in tal penuria di danaro, che non potendo sodisfare il suo debito, è costretto a subire una espropriazio-

(1) C. Théod., *De confirmand. iis quæ admin.*

(2) V. anche Chopin, Charondas, etc. Despeisses, t. 1, p. 6, n. 12.

(3) Despeisses, *loc. cit.*, cita queste decisioni.

(4) Montpellier, 17 Agosto 1816. (Dalloz, *Saisie immobilière*).

(5) Art. 965, codice di proc. Corte di cassaz. di Liegi, 17 Ottobre 1822. Dal. *loc. cit.*, n. 3, nella nota.

(6) Locré, t. 7, p. 31, Ediz. Tarlier.

(7) Decreto dell' 11 Aprile 1810.

ne? Sarebbe dunque necessario di ricorrere incessantemente all'estremità di una rivendita a di lui carico e risico (1); e qual garanzia presenterebbe ai creditori un tale aggiudicatario (2), che già porta impressa in fronte la prova della sua insolventezza?

Si domanda se la moglie del debitore pignorato, che sia in comunione di beni con esso, possa divenire aggiudicataria. Con decisione del 26 Marzo 1812, la corte di Brusselles ha giudicato che si debba avere in conto di persona interposta; perchè acquistando per la comunione, farebbe ritornare l'immobile nei beni del marito, che è la parte pignorata (3).

All'opposto una decisione di Besançon, del 12 Marzo 1811 ha risoluto, che le incapacità essendo di stretto gius, non si poteva estendere alla moglie una proibizione limitata alla persona del marito, dall'art. 713 del codice di procedura (4).

Quest'ultima giurisprudenza mi sembra più giuridica. Infatti, ciò che la legge ha considerato, è la presunzione d'insolventezza che investe la persona del debitore pignorato. Ora la medesima presunzione non può di dritto estendersi alla moglie.

Col sistema della corte di Brusselles si potrebbe escludere dagl'incanti una moglie in comunione di beni creditrice del marito, ed avente per conseguenza interesse che l'immobile sia venduto al suo massimo valore. Perciò la moglie dovrebbe, in virtù della sua ipoteca, esser chiamata alla vendita (art. 695 del cod. di procedura), esser citata agli incanti!! e nonostante questo non potrebbe fare offerte, e divenire aggiudicataria! Un tal risultato non è ammissibile.

La verità della nostra soluzione è più evidente, quando i conjugi sono separati di beni. Quindi la corte di Aix giudicò, con decisione del 27 Aprile 1809, che un marito non poteva essere escluso dall'incanto che si teneva sopra un immobile parafernale della moglie, esposto in vendita in seguito di espropriazione forzata (5). E con decisione del 23 Febbrajo 1807, la stessa corte ha confermato un'aggiudicazione fatta a vantaggio della moglie del debitore pignorato, maritata sotto il regime dotale, e creditrice di somme considerabili (6).

193. L'art. 1596 annulla non solo le vendite fatte alle persone incapaci, che abbiamo annoverate sotto i n. 187, 188 e 189, ma ancora ad ogni persona interposta. Tuttavia non dichiara in qual caso vi è interposizione, nè stabilisce una presunzione *juris*, *et de jure*, come l'ha fatto nell'art. 911, relativo alle donazioni. Si domanda perciò, se quest'art. 911 dev'essere applicato per analogia.

Non credo che questa disposizione sia la regola invariabile che il giudice deve prendere per base della sua decisione. La quistione d'interposizione, quando si tratta di vendita, è una quistione di fatto che deve esser decisa a norma delle circostanze (7). Non si può andare a rintracciare nel titolo delle donazioni, delle presunzioni di dritto e delle regole inflessibili, che non furono create espressamente per la vendita. Così vi sono dei ca-

(1) Art. 737, cod. di proc. civ.
(2) Art. 744, *Ibid.*
(3) Dalloz, *Saisie immobilière.*
(4) Dal., *loc. cit.*
(5) Dal., *loc. cit.*
(6) Dal., *loc. cit.*
(7) *Junge*, Duranton, t. 16, n. 138, t. 9.

si, nei quali sarebbe contrario alla giustizia ed alla verità l' annullare una vendita fatta al padre o alla madre, o al figlio delle persone dichiarate incapaci dall' art. 1596. Il magistrato deve esaminare i fatti, e valutare le verisimiglianze. Diciamo però che in generale la parentela è un indizio d' interposizione, e che occorrono giustificazioni assai plausibili per dileguare qualunque sospetto di un concertato fraudolento (1).

194. L'art. 1596 dichiara, che le vendite ed aggiudicazioni fatte ai tutori, ai procuratori, agli amministratori, ai pubblici officiali, sono nulle. Ma questa nullità non può essere invocata che dal venditore, o dai suoi creditori che agiscono in di lui nome. Gl' incapaci, dei quali abbiamo trattato, non avrebbero dritto di prevalersene. La loro propria contravvenzione non potrebb' esser ragione per liberarsi dalle loro obbligazioni (2).

ARTICOLO 1597.

I giudici, i loro supplenti, i regii procuratori e loro sostituti, i cancellieri, gli uscieri, i patrocinatori, i difensori officiosi ed i notaii, non possono essere cessionarii delle liti, ragioni, ed azioni litigiose, che sono di competenza del tribunale nella cui giurisdizione esercitano le loro funzioni, sotto pena di nullità, dei danni, interessi, e spese.

SOMMARIO.

195. Proibizione fulminata contro certi funzionarii, ufficiali pubblici ed altri, di divenire cessionarii di ragioni litigiose.

196. Le leggi Romane contengono l' origine di questa proibizione. Il patto *De quota litis*, è contro i buoni costumi. Chi può chiederne la nullità? Dissenso con Duranton.

197. Estensione dell' art. 1597. A quali affari litigiosi si applica.

198. I magistrati delle corti regie sono compresi nelle disposizioni dell' art. 1597.

199. Che intendere per la giurisdizione di cui parla l'art. 1597? Critica di una decisione della corte di Parigi.

200. Quali sono le circostanze che rendono un dritto litigioso nel senso dell' art. 1597? Quest' articolo dev' essere interpetrato mediante l' art. 1700 del codice civile? Critica di una decisione di Rouen, e di una di Brusselles.

201. Il dritto cessa di essere litigioso, quando è stato l' oggetto di una decisione passata in istato di cosa giudicata. Non è neppure litigioso, quando essendo chiaro, liquido e certo, basta soltanto di ricorrere a dei mezzi coercitivi per ottenerne l' esercizio.

202. Dell' interposizione di persone nel caso dell' articolo 1597.

COMENTO.

195. Vedremo in seguito ciò che riguarda la vendita dei beni litigiosi (3). L' articolo non si occupa che di una certa classe di persone cui è proibito divenire cessionarie di simili dritti.

Coloro che la legge rende sopra tal rapporto incapaci sono:

1° I giudici;
2° I loro supplenti;
3° Gli officiali del pubblico ministero;
4° I cancellieri;
5° Gli uscieri;
6° I patrocinatori;
7° Gli avvocati;
8° I notaii.

(1) Ved. la fattispecie riferita al n. 202.
(2) *Junge* Duranton, *loc. cit.*, t. 9, p. 239.
(3) Art. 1699, 1700, 1701.

« Le costituzioni (1), diceva Portalis, hanno sempre proibito ai giudici, « ed a quelli che esercitano qualche « funzione giudiciale, o qualche mini- « stero presso i tribunali, di *divenire « cessionarii di azioni e di ragioni liti- « giose, che sono o possono essere pro- « mosse avanti il tribunale, nella giu- « risdizione del quale esercitano le loro « funzioni, sotto pena di nullità, dan- « ni, interessi e spese.*

« Questa disposizione è rimessa in « vigore dal progetto di legge. Essa è « la salvaguardia dei cittadini, ai qua- « li si amministra la giustizia.

« Il giudice ha per missione di ter- « minare le contestazioni delle parti, « e non di farne un traffico (2). »

196. Queste costituzioni, di cui parla Portalis, traggono la loro origine dalle leggi Romane. Il titolo del codice *ne potentioribus liceat*, vietava ai presidi delle provincie, ed a qualunque altro funzionario, di prestare il loro nome ed il loro credito, a quelli che avevano degli affari pendenti innanzi a loro, e di ricevere cessione dei loro dritti (3). Si temeva con ragione, che la potenza di simili avversarii opprimesse l'altra parte, e la costringesse a rinunziare a dei dritti certi, o ad acconsentire ad una ingiusta transazione.

Inoltre, la legge 1, § 12, Dig. *De extraord. judiciis* (4), proibiva agli avvocati il comprar liti; e la legge 53, Dig. *De pactis*, negava qualunque azione al procuratore che aveva contratto col cliente per farsi cedere la lite che era incaricato di patrocinare (5).

Simili patti (6) sono effettivamente vergognosi, e contrarii ai costumi (7). Essi non fanno che attizzare lo spirito di vessazione e di litigio; trasformano l'onorevole ministero di difensore, o di officiale ministeriale, in un traffico sordido, in una vile speculazione sulla posizione dei poveri litiganti; sono una sorgente d'inquietudini per gli uomini timidi che si veggono alle prese con degli uomini di legge fatti audaci dall'abitudine alle contese giudiziarie, animati dall'interesse personale, ed armati di tutti i lacci del cavillo: « Inter pacta, dice « Vinnio (8), quæ *contra bonas mores « fiunt*, memoratur et pactum quo « causidicus a litigatore litem redimit « et convenit ut, nomine mercedis, « certam partem hujus pecuniæ, et « quæ adjudicata fuerit, vel majorem « aliquam summam in eventum litis « accipiat. »

È osservabile nondimeno che il dritto litigioso non cessa per questo di esistere, e che il debitore non può prevalersi di questo traffico disonesto per pretendersi liberato. Niuna disposizione di legge dichiara il credito estinto. Solamente la cessione è nulla, e il debitore può fare istanza per la nullità, all'oggetto di sottrarsi alle

(1) Queste costituzioni sono riferite da Merlin, Rép., V *Droits litigieux*, e in Despeisses, t. 1, p. 8, col. 1.

(2) Locré, t. 7, p. 72, Ediz. Tarlier.

(3) Bretonnier, sopra Henrys, t. 2, p. 179. Perezia, sopra questo tit. del cod.

(4) Ulpiano.

(5) Vedansi anche le leggi 6, § ult. e 7, 16. Dig., *Mandat.*; la legge 15, C. *De procurat.* (Diocles. e Massim.), le quali dicono, che un tal contratto è *contra bonas mores*, e la legge 5, C. *De postulando* (Costantino); L. 1, C. Théod. *De postuland.*, e Cujacio, 8 osserv. 31 e 16, osserv. 16; Olea, *De cessione jurium*, t. 3, q. XI, n. 36 e 37.

(6) Si chiamavano *pacta de quota litis*.

(7) Voet, ad Pand., *De pactis*, n. 18. Brunemanno gli chiama *conscelerratis pactionibus*, sulla leg. 5, C. *De postulando*.

(8) *De pactis*, cap. 18, n. 9.

crude persecuzioni di un cessionario formidabile, e ottenere di esser collocato a fronte del vero suo creditore.

Tra le parti contraenti, la conseguenza della nullità è, che il cessionario, uomo di legge, non ha azione contro il suo cedente per chiedere l'esecuzione del contratto. *Nemo ex delicto suo actionem consequi debet.*

Ma il cedente può pretendere contro il suo cessionario che il contratto sia nullo? Duranton decide la negativa per il motivo che si è reso complice di un attentato vessatorio contro la parte avversa, e che questo è il caso di applicargli la massima che toglie ogni azione al cessionario (1). Ma io credo che questa opinione sia erronea. L'art. 1131 dispone, che l'obbligazione fondata sopra una causa illecita *non può produrre alcun effetto*. Permettere che il cedente rimanga vincolato da un simile contratto, che l'onestà ed evidenza riprova, è lo stesso che fargli produrre un effetto; è lo stesso che volere, che il cessionario goda del frutto della sua disonesta speculazione, restando in possesso del titolo a lui consegnato.

Trovo la conferma di quest'opinione in una decisione della corte di cassazione del 14 Nevoso anno V, nella quale leggo: « Attesochè, giudicando che l'azione della ripetizione in « una cessione di questo genere, APPARTIENE AL CEDENTE, il tribunale « d'Eure-et-Loir, non ha violato alcuna legge (2). »

197. Il patto di *quota litis*, è vietato alle persone menzionate nel nostro articolo per tutti quei dritti litigiosi, i quali sono della competenza del tribunale, nella giurisdizione del quale esercitano le loro funzioni. Questa disposizione dell'articolo presente fa cessare il dubbio promosso sopra tal soggetto da Boucher d'Argis, il quale voleva che la proibizione fatta ai giudici, avvocati, e procuratori, non concernesse che gli affari dei quali sono incaricati nell'ordine delle loro funzioni (3). La proibizione dunque si estende a tutti i dritti litigiosi, qualunque sieno, i quali hanno vita nella loro giurisdizione.

198. Benchè i magistrati (4) delle corti regie non sieno espressamente additati nel nostro articolo, pure è certo che dev'essere applicato anche ad essi, perchè vi è parità di ragione: medesimo timore di una deplorabile influenza, medesimo pericolo di un credito vessatorio ed oppressore, medesima degradazione di funzioni rispettabili, medesimo oblìo dei doveri di una professione, che *consiste nel dar fine alle contestazioni delle parti, e non nel farne un mercimonio.* Si può anche dire che la parola *giudici*, di cui si serve l'art. 1597, comprenda in tutta la gerarchia quelli che sono chiamati a giudicare, sia in prima, sia in seconda istanza.

199. La giurisdizione della quale parla il nostro articolo, è quella del tribunale competente per conoscere della causa.

In conseguenza, un patrocinatore presso un tribunale di prima istanza, può comprare un dritto litigioso sot-

(1) Duranton, t. 16, t. 9, n. 145, Ediz. Tarlier.

(2) Dalloz, *Vente*, non riferisce i fatti di questa decisione. Bisogna dunque che il lettore indovini la fattispecie.

(3) Sur les quest. alphab. di Bretonnier, V *Droits litigieux*, e Merlin, *Rép.* istessa voce.

(4) L'art. 54 dell'ord. del 1560 disponeva, *des juges ès cours, sièges et ressorts.* Ved. *infra*, n. 202.

tomesso alla competenza del tribunale di un' altra giurisdizione. Un patrocinatore presso una corte regia può divenir cessionario di una lite nella giurisdizione di un' altra corte.

Esiste pertanto una decisione della corte di Parigi dell'11 Pratile anno XIII, la quale giudica, che un patrocinatore di prima istanza non può divenire cessionario di ragioni litigiose sottomesse ad altro tribunale, ma compreso nella giurisdizione della medesima corte d' appello di quello presso del quale esercita (1). Ma una simile decisione non è ammissibile; essa viola il senso evidente della legge, ed aggiunge alle sue disposizioni (2).

200. La difficoltà maggiore che presenti il nostro articolo, consiste nel determinare cosa è che rende litigioso un dritto.

L' articolo si serve di queste parole *liti*, *ragioni ed azioni litigiose* (3).

La prima espressione è chiara per sè stessa, nè ha bisogno di alcuna dilucidazione.

Il dubbio sorge intorno alle altre due. Dobbiamo noi interpetrarle mediante l' art. 1700, e decidere che la proibizione contenuta nel nostro articolo non comprende che le ragioni cedute allorquando è già iniziata una causa, e vi è contestazione sulla loro essenza?

Quasi tutti gli autori (4) sono d'accordo per decidere che con queste parole *ragioni ed azioni litigiose*, il legislatore ha inteso altra cosa che una lite, e che ha voluto denotare i dritti non riconosciuti, incerti, soggetti a controversia, e di tal natura da richiamare le parti avanti i tribunali.

Questa interpetrazione ha il suffragio dell' esposizione dei motivi fatti da Portalis, il quale in un passo che abbiamo disopra citato (5), dichiara che l' art. 1597 ha proibito le cessioni *di azioni e ragioni litigiose che* SONO O POSSONO ESSERE PROMESSE AVANTI IL TRIBUNALE, etc.

Mi sembra infatti, che l' articolo presente abbia un senso più esteso dell' art. 1700. Le espressioni delle quali si compone, sono state a bella posta scritte in un modo meno limitativo, ed il linguaggio di Portalis dimostra che nel capitolo 2, alle parole *ragioni ed azioni litigiose*, è stato annesso il medesimo significato che vi annetteva Pothier (6), la definizione del quale non ha subito modificazione, fuorchè nel capitolo 8, e per una materia diversa dalla nostra. Qui, il legislatore è stato guidato da un sentimento di profonda moralità. Egli non ha soltanto voluto troncare le liti incominciate; la sua intenzione è stata ancora di prevenirle, e di togliere ad uomini avvezzi alle discussioni forensi il pretesto e l' occasione di turbare la quiete delle famiglie.

Pure è stato in modo contrario

(1) Dalloz, *Vente*.

(2) Delvincourt, t. 3, p. 128, note. Carré, *Compétence*, t. 1, p. 165. La corte di Colmar, giudicò in modo opposto alla corte di Parigi con decisione dell' 11 Marzo 1807. Dalloz, *Vente*.

(3) L' ord. del 1560, art. 54 diceva « cessione delle *liti e ragioni litigiose*; » ma l' ord. del 1629, art. 94, non parlava che *delle cessioni di debiti pei quali* VI SIA UNA LITE.

(4) Delvincourt, t. 3, p. 128, note. Carré, *Compétence*, t. 1, p. 165. Rolland de Villargues, V *Droits litigieux*, t. 3, p. 276, Ediz. Tarlier. Dalloz, *Vente*. Duranton, t. 16, Ediz. Tarlier, t. 9, n. 141.

(5) N. 195.

(6) Pothier, *Vente*, n. 584. « Si chiamano, egli « dice, crediti litigiosi, quelli che sono o *possono* « *essere* controversi in tutto o in parte. »

giudicato da una decisione della corte di Rouen del 27 Luglio 1808 (1). Ma decidendo che l'art. 1597 non dev'essere applicato ai dritti i quali non sono che *soggetti a litigio*, *e non peranche litigiosi*, quella corte ha apertamente contravvenuto allo spirito del legislatore. Deve egualmente rigettarsi una decisione della corte di Brusselles del 30 Gennajo 1808 (2), la quale basandosi sull'art. 1700 del codice civile, confermò la vendita di un credito fatto ad un avvocato, pel motivo che la lite si aggirava non sulla sostanza del dritto, ma solamente sul grado, e la priorità del credito, come se la quistione di grado non sia talmente importante, che spesso involva quella della sostanza! Come se un legale cupido non potesse, anche trattandosi di una controversa priorità, vessare un povero creditore, e costringerlo a capitolare sul grado che costituisce il valore del suo titolo!

201. Ma l'ufficiale di giustizia, il quale comprasse un dritto, sopra di cui fosse stata emanata decisione giudiciale inappellabile, non potrebb'esser considerato come acquirente di ragioni litigiose.

Poco importerebbe che la sentenza fosse contumaciale, qualora la via dell'opposizione fosse chiusa (3).

Nella guisa istessa, la compra di un credito chiaro, liquido e certo non può esser considerata come compra di ragioni litigiose nel senso del nostro articolo, allorchè per ottenerne il pagamento è necessario devenire a dei mezzi coercitivi e di esecuzione.

Così giudicò il parlamento di Parigi con la sua decisione del 13 Giugno 1761 (4), a norma delle conclusioni di Lepelletier de Saint-Fargeau, e la corte di cassazione emanò nel 9 Giugno 1825 decisione conforme (5). Infatti ognuno comprende, che nulla vi è di litigioso in un dritto che non è suscettibile di controversia nè sulla forma, nè sulla sostanza, e del quale incontra difficoltà la sola esigibilità, sia per l'impossibilità di pagare in cui si trova il debitore, sia per effetto di una resistenza ingiusta e di mala fede.

202. Se la cessione fosse nascosta dietro una interposizione di persona, sarebbe nulla, sebbene il nostro articolo non lo decreti espressamente. Ma il suo silenzio si deve supplire mediante l'art. 1596, e soprattutto mediante la ragione, la quale prescrive che il giudice rintracci la verità, e discuopra i sotterfugii della frode che si occulta. Questo si decideva ancora dall'antica giurisprudenza, lo spirito della quale è passato per intiero nell'art. 1597. Denizart (6) riferisce una decisione del parlamento di Aix, che annullò una cessione di ragioni litigiose fatta ai due figli del de Coriolis, presidente di quel parlamento, vietò a quel magistrato di accettarne delle simili, e lo condannò a 300 lire di danni ed interessi, ed alle spese.

(1) Dallaz, *Vente*, p. 927.
(2) Sirey, 10, 2, 461.
(3) Decisione di Bordeaux, 29 Agosto 1829.
(4) Merlin, Rép., V *Droits litigieux*, n. 3.
(5) Dalloz, 25, 1, 338.
(6) *Droits litigieux. Jauge* Rousseaud de Lacombe, V *Transport.*

CAPITOLO III.

Delle cose che possono vendersi.

ARTICOLO 1598.

Si può vendere tuttociò che è in commercio, quando le leggi particolari non ne abbiano vietata l' alienazione.

SOMMARIO.

203. Perchè una cosa non possa vendersi, bisogna che una legge, o naturale o civile, la sottragga al commercio.
204. § I. Delle cose che possono vendersi. Possono vendersi le cose future; in tal caso la vendita è condizionale. Si può vendere una speranza. La vendita dei frutti da nascere deve caratterizzarsi come vendita condizionale, o come vendita di una speranza aleatoria?
205. Aneddoto del treppiè aureo pescato dai pescatori di Coo, che avevano venduto il loro getto di rete. Un semplice giureconsulto avrebbe deciso meglio dell' oracolo di Delfo.
206. Vendita dei dritti incorporei. Rinvio. Della vendita delle opere dell' intelletto fatta da un autore ad un editore. Principii particolari sopra questo genere di contratti. Non è un atto di commercio.
207. Della vendita delle cose comuni.
208. Della vendita d' un edifizio per demolirlo. Vandalismo delle bande nere.
209. § II. Delle cose la di cui vendita è proibita. 1° Successione futura. 2° Cosa altrui. Rinvio.
210. 3° Non si può comprare la propria cosa.
211. 4° Nè i beni dotali.
212. 5° *Quid*, riguardo ai beni sostituiti?
213. 6° Proibizione di vendere delle sostanze venefiche.
214. 7° E delle armi nascoste.
215. 8° E dei commestibili guasti.
216. 9° E dei libri proscritti. Elogio della libertà della stampa.
217. 10° *Quid*, del tabacco e delle polvere da esplodere?
218. 11° Oggetti, lo smercio dei quali è soggetto a proibizioni.
219. 12° Oggetti provenienti da fabbricazione estera. Prospera unità di cui gode la Francia.
220. 13° Della vendita degli uffizii non venali. Un funzionario non può speculare sulla vendita della sua dimissione. Decizioni pro e contro. Critica della giurisprudenza della corte di cassazione sopra tale materia. È diverso il caso della rassegna degli uffizii dichiarati venali dalla legge 28 Agosto 1816.
221. Un brevetto di librajo è escluso dal commercio. Ma si può contrattare la dimissione di un librajo. Carattere condizionale di simili contratti.
222. 14° Cose che per la loro destinazione sono fuori del commercio. La vendita di queste cose può occasionare dei danni ed interessi. In questo senso, una simile vendita è produttiva di effetti.
223. 15° La vendita dei grani in erba è proibita. Ma questa proibizione si trova essa in armonia con le nostre attuali idee di economia agraria? Critica di una decisione della corte di Agen, e delle conclusioni del procurator generale.
224. 16° Non si possono vendere i dritti personali. Distinzione tra i dritti personali e non trasmissibili, ed i dritti impersonali e suscettibili di cessione. Nel dubbio conviene pronunziarsi per la trasmissibilità. Giustificazione della regola, che ciò che si può trasmettere, si può anche cedere. Confutazione di Tiraquello, e dei venticette dottori che sono della sua opinione.
225. L' uso e l' abitazione, sono dritti personali, e non cedibili.
226. Ed è lo stesso del dritto di retratto successorio.
227. *Quid*, degli alimenti? Oscurità di questa materia. Distinzione tra gli alimenti dovuti *jure sanguinis*, e gli alimenti dovuti per convenzione, e per testamento. Dissenso con Durenton. *Quid*, di una somma ceduta a titolo di lutto?
228. Le pensioni alimentarie concesse dal governo, il soldo di ritiro, di riforma, etc., sono inalienabili.
229. Rinvio per altre quistioni relative alla cedibilità dei dritti.

COMENTO.

203. Come l'abbiamo già detto, non vi è contratto di vendita senza una cosa che ne sia il soggetto. « Nec « emptio, nec venditio sine re quæ « væneat potest intelligi (1). »

Può vendersi qualunque cosa che si trova in commercio (art. 1598), e perchè una cosa sia inalienabile, è d'uopo che sia stata sottratta al commercio in forza di una legge naturale o civile (2).

A tenore di questa regola, il comento del presente articolo si dividerà in due parti; la prima comprenderà l'indicazione delle cose suscettibili di essere vendute; la seconda abbraccierà quelle, la di cui vendita è sottomessa a proibizioni, o a restrizioni.

204. Possono vendersi non solo le cose che attualmente si posseggono, ma anche quelle che si possono avere in seguito (3).

Infatti le cose future sono soggette alla vendita. Il giureconsulto Pomponio ne da per esempio la vendita dei frutti che nasceranno in un fondo, e quella del feto d'un animale (4). Noi aggiungeremo la vendita dei prodotti che saranno fabbricati in una manifattura. Una tal vendita è condizionale (5). Non si realizza che quando i frutti nascono, ed allora produce un effetto retroattivo al giorno del contratto, come insegna lo stesso Pomponio (6). Ma se l'annata è intieramente sterile, la vendita non sussiste (7).

Si può anche trattare la compra e vendita di una speranza, di una probabilità, come un getto di rete. Ascoltiamo di nuovo Pomponio: « Aliquando tamen sine re (physica scilicet, « dice Pothier riferendo questo testo), « venditio intelligitur, veluti quum « quasi alea emitur. Quod fit quum « captus piscium, vel avium, vel missilium emitur. Emptio enim contrahitur etiamsi nihil inciderit, quia « SPEI EMPTIO EST (8). »

È di questo genere la vendita del dritto di percipere i frutti di un tale immobile, nè si deve confondere con quella dei *frutti che nasceranno*, di cui abbiamo parlato nel num. precedente. « Multum interest, dice Fa« bro (9), an fructus quis vendat *qui « ex eo fundo nascentur*, an vero PER« CEPTIONEM FRUCTUUM ex eo fundo. « Priore casu quasi conditionalis venditio est, quæ non nisi natis fructi« bus perficitur: ideoque si nulli fru« ctus, eo anno, ex illo fundo prove« nerit, nihil venditori debetur. Pos« teriore vero, pura emptio est, et

(1) L. 8, D., *De cont. empt.* Pomponio, *Supra*, n. 10.

(2) Omnium rerum quas quis habere, vel possidere, vel persequi potest, venditio recte fit. Quas vero *natura* vel *gentium jus*, vel *mores civitatis commercio exemerunt*, earum nulla venditio est. Paolo, l. 34, § 1, Dig., *De cont. empt.*

(3) Medesima legge. Art. 1130, codice civile. Mio comento sulle Ipoteche, n. 778, e 778 *bis*. Vi si troverà qualche dettaglio importante. Pardessus, n. 303.

(4) L. 8, Dig., *De cont. empt.*, nov. 160, c. 1. Nov. 72, c. 7. Voet, *Cont. empt.*, n. 11. Despeisses, p. 7, n. 1. Pothier, *Vente*, n. 5. Art. 1130 del codice civile.

(5) Fabro, C., lib. IV, t. 42, def. 26. Pothier, *Vente*, n. 5.

(6) Legge precitata. Ved. il n. seg.

(7) *Ibid.*

(8) L. 8, § 1, D., *De cont. empt.* Pothier, *Vente*, n. 6. Toullier, t. 6, (Ediz. Tarlier, t. 3), n. 114. Duranton, t. 10, (Ediz. Tarlier, t. 6), n. 300. Delvincourt, t. 2, p. 465, note.

(9) Codice, lib. IV, t. 42, def. 26.

« ALEA potius qua certa aliqua res em-« pta intelligitur. »

Infatti il dritto di percipere i frutti, contiene un risico implicito e necessario, che il proprietario accolla al venditore. Questo dritto è subordinato all' intemperie delle stagioni; varia nella sua estensione a misura che l'annata è più o meno prospera; talvolta ancora si riduce al nulla. L'oggetto del contratto è stato adunque un' incertezza, e l' acquirente deve correrne il pericolo (1); ma accade altrimenti quando il compratore ha voluto comprare condizionalmente una cosa futura, e la sua intenzione non è dubbiosa tostochè, siccome nel caso in quistione, si è servito di espressioni condizionali: *i frutti che nasceranno* (2). È noto che nei testamenti e nei contratti, il relativo CHE rende la disposizione condizionale, quando la frase incidente da lui retta riguarda il futuro. « *Relativum* QUI, *adjectum* « *verbo futuri temporis, facit con-*« *ditionem et perinde est atque si dic-*« *tum fuisset* SI (3). »

Del resto, tal differenza difficilmente si scorge, in specie negli atti che non sono estesi con gran precisione.

Nel dubbio converrà applicare una regola generale d' interpetrazione, facendo prevalere il significato più favorevole al compratore.

Osservisi, che l' ordine pubblico, e la buona fede hanno obbligato il legislatore ad apporre in certi casi degli utili impedimenti alle vendite aleatorie. Ne vediamo degli esempii nel giuoco e nella scommessa, nelle lotterie, e nei contratti a scadenza sopra i fondi pubblici. Vedasi per tuttociò il mio comento dell' art. 1965 del cod. civile.

205. Plutarco racconta (4), che alcuni Milesj, trovandosi nell' isola di Coo, comprarono da dei pescatori il loro getto di rete. Questi ultimi pescarono un treppiè d' oro. I compratori lo reclamarono. L' oracolo consultato sopra tale quistione aggiudicò il treppiè al più saggio dei mortali. Ciò valeva lo stesso che aggiudicarlo a sè medesimo, giacchè il più saggio dei mortali non era presente, e se si fosse presentato per approfittarsi di questa decisione, l'oracolo non avrebbe mancato di buone ragioni per impugnare la sua qualità. I pescatori sarebbero stati meglio inspirati, se fossero ricorsi ad un semplice giureconsulto. Egli avrebbe deciso che quel ricco treppiè era una buona fortuna imprevista, della quale dovevano approfittarsi, perchè i Milesj non avevano avuto intenzione che di comprare il pesce preso nel getto della rete. Questa è la decisione di Cujacio, vero oracolo della giurisprudenza, ed un poco più competente in questa materia dei furbi che facevano parlare Apollo (5).

(1) L' art. 1770 del codice civile, è una mera eccezione per un caso speciale (quello dell' affitto) e nell' interesse dell' agricoltura.

(2) Questa spiegazione, che ho presa da Fabro, mi sembra che dia sulla materia delle idee più precise delle generalità alquanto vaghe di Voet (*De cont. empt.*, n. 13), di Duranton, t. 10, (Ed. Ter., t. 6), n. 301, e di Pardessus, n. 303 e 304.

(3) Mornac, sulla l. 75, Dig., *De leg.* 1°. Pothier, Pand., t. 2, n. 256. Merlin, Rép., V *cit.* Toullier, t. 6.

(4) Vite di Solone. Quest' aneddoto è citato anche da d' Olive (p. 345), Brunemanno ed altri, che hanno scritto sulle Vendite.

(5) Ad tit., Cod. *De sententiis quæ pro eo quod interest*, p. 983. La sua erudizione gli fa sovvenire un fatto del medesimo genere, riferito da Svetonio, ed accaduto ad Ostia tra alcuni giovani, e dei marinari che pescarono un paniere pieno d' oro. *Junge*, Brunemanno, che cita Cujacio (ad leg. 8, D., *De cont. empt.*), e Pothier (*Vente*, n. 6), che lo copia senza citarlo.

Se però i compratori avessero da per loro stessi gettato la rete, il treppiè avrebbe ad essi appartenuto, non a vero dire in virtù del contratto, ma a titolo di cosa che non era nel dominio di alcuno, *res nullius*, e devoluta per dritto a chi la trova; così risponde Brunemanno (1).

Se da un getto di rete comprato, si ricava una quantità di pesce maggiore di quello che si sperava, questo benefizio inatteso, deve al certo giovare al compratore (2).

206. Si può vendere e comprare un dritto incorporeo, come un usufrutto (3), una servitù, un credito, un'eredità (4). Ce ne occuperemo più specialmente comentando gli artic. 1689 e seguenti.

Ma dobbiamo qui esporre alcuni principii sulla vendita delle opere dell' intelletto ad un editore, vendita che era quasi ignota agli antichi, e che trova il suo posto soltanto nella civilizzazione moderna.

Quando un autore ha composto un libro, un maestro di musica un' opera, etc., può vendere ad un compratore il dritto di moltiplicare la sua opera mediante la stampa; questo compratore si chiama *editore*.

Una simil vendita non è un contratto sopra una cosa materiale. La proprietà letteraria è incorporea (5): è la proprietà del pensiero resa visibile con i mezzi tipografici. Lo scrittore ed il compositore di musica non vendono la carta sulla quale le loro idee sono state depositate, ma vendono una produzione immateriale dello spirito, diretta all' intelligenza di coloro che prendono interesse a tali produzioni.

In una cessione di questo genere, l' editore non può mai acquistare la proprietà assoluta dell' opera. Per quanto lata sia la trasmissione che gli è fatta, egli non ha che il dritto alla intrapresa commerciale di cui è suscettibile il manoscritto; non è padrone che della speculazione, di cui la pubblicazione è l' oggetto; quanto al di più è *penitus extraneus*. Quindi non potrebbe sostituire il nome suo a quello dell' autore; non potrebbe fare dei cambiamenti o delle correzioni al manoscritto (6); chè anzi deve ricevere tutte quelle che l' autore giudica necessarie (7). La sostanza dell' opera, se così mi è lecito esprimermi (8), appartiene sempre a chi l' ha creata, mentre che l' editore ne ha soltanto l' uso, o la parte utile; e siccome l' arte, o la scienza per le quali lavora l' autore, esigono spesso delle modificazioni, o delle rifusioni, dalle quali dipende la sua riputazione, è d' uopo che gli sia permesso limare l' opera sua per imprimerle, per quanto è possibile, il marchio della perfezione. Rimpetto all' arte ed alla scienza egli rimane sempre proprietario, e riceve esso solo l' onore od il biasimo della produzione. In tal qualità egli può dunque stendere la mano sulla creazione del suo spirito, e cambiarla come il coltivatore che rivolge il solco che gli appartiene. Sotto l' unico rapporto di

(1) *Loc. cit.*

(2) Cujac. e Brunemanno, *loc. cit.*

(3) L. 8, § 2, D., *De peric. et com.*

(4) Art. 1689 e seg. del cod. civ. Dig., *De actione, vel hereditate vendita*. Despeisses, pag. 8, n. 4 e 5.

(5) Pardessus, n. 308, t. 1, p. 174, Ed. Ter.

(6) *Ibid.*, n. 310.

(7) *Ibid.*, n. 309.

(8) Arg. dall' art. 578 del codice civile.

affare commerciale, l' opera sua ha cessato di appartenergli; ma è chiaro che quest'alienazione dei prodotti della cosa non ha potuto rapirgli il dritto di correzione, che è del dominio dell'arte, o della scienza.

Tuttavia, se i cambiamenti che l'autore volesse operare, fossero tanto considerabili ed onerosi, che l'editore corresse pericolo di rimaner privo dei benefizii che ha legittimamente sperati, può chiedere lo scioglimento del contratto (1).

È tanto vero che l' autore non ha in verun modo abdicato la proprietà dell' opera sua, che può rinunziare alla di lei pubblicazione; e in questo caso, non deve alcuna indennizzazione al suo editore, fuorchè se questi ha cominciate le operazioni della stampa, o se ne resulta per lui un danno effettivo (2). Si comprendono agevolmente i motivi di questa proposizione. L' autore si dirige al pubblico che si propone d'illuminare, d' istruire, o di divertire. Esso rischia in questa intrapresa la sua riputazione, ed il suo avvenire letterario. Ma se si accorge che le circostanze non sono favorevoli, che il merito dell' opera non corrisponde ai suoi sforzi, che non riceverà che il disprezzo dei lettori, o degli amatori, bisogna che egli possa pentirsi e cessare, perchè l'onore d'un autore è inalienabile, nè ha potuto anticipatamente obbligarsi ad alienarlo.

Queste osservazioni dimostrano quanto la vendita di un manoscritto differisca da quella delle proprietà ordinarie.

L'autore può vendere una sola edizione della sua opera; e quando l'edizione è esaurita, egli solo ha dritto agli emolumenti che le susseguenti edizioni potranno produrre; ciò è parte della proprietà utile della sua opera.

Ovvero può anticipatamente vendere tutte le edizioni delle quali il manoscritto sarà suscettibile. I termini della convenzione decidono dell' estensione della cessione.

Se l'editore pubblica una seconda edizione, l' autore può esigere che vi collochi le sue correzioni ed aggiunte. Infatti, l' esaurimento della prima edizione ripone le cose nello stato in cui sarebbero, se il manoscritto non fosse stato pubblicato; nulla ne rimane in commercio; e perciò l' autore si trova di fronte al suo editore, nella posizione in cui era avanti la pubblicazione. Ora noi abbiamo veduto che in tale stato l' autore ha tutto il potere di correggere la sua opera. Sarebbe irragionevole la pretensione di un editore, il quale volesse che una seconda edizione riproducesse gli errori, i difetti, le lacune, che deturpavano la prima. Il dritto dell' autore gli è concesso nell' interesse comune.

Se dopo l' esaurimento della prima edizione, l' editore ricusasse di pubblicarne una seconda, l'autore potrebbe costituirlo in *mora*, e farsi giudicialmente autorizzare a farla stampare per lucrarne i profitti; ma il suo reclamo non sarebbe giusto finchè la prima edizione non fosse intieramente esaurita. Senza di questo, la concorrenza di una seconda edizione sarebbe un detrimento cagionato dal venditore istesso al suo compratore. Ciò sarebbe una violazione dei principii più costanti in materia di vendita.

L' editore deve esattamente limitarsi alla stampa del numero di copie convenute. Qualunque copia stampata

(1) Pardessus, *loc. cit.*, n. 309.
(2) *Ibid.*

di più, è un atto disonesto, il quale arreca all'autore un pregiudizio reale, e può dar luogo allo scioglimento del contratto, o ad un'azione d'indennizzazione.

Devesi del resto osservare, che l'autore il quale cede ad un editore la proprietà utile della sua opera, non fa un atto di commercio (1).

207. La cosa comune può vendersi, sia a vantaggio di un condomino, sia a vantaggio di un terzo, fino a concorrenza della parte che si possiede (2). Per l'eccedenza la vendita non sarebbe valida. *Pro parte emptionem valere, pro parte non valere* (3): conterrebbe una vendita della cosa altrui. Del resto, è forza ricorrere a ciò che ho detto disopra, intorno all'alienazione di un oggetto indiviso (4).

208. Si può comprare un edifizio per demolirlo, e rivenderne in seguito i materiali. Le leggi di polizia vietavano a Roma rigorosamente un tal commercio. « Senatus censuit ne quis « domum villamve dirueret, quo plus « sibi adquireretur, neve quis *nego-* « *tiandi causa* eorum quid emeret, « venderetve (5). » Ma simili proibizioni non procederono in Francia, ed è noto che non molto tempo fa, si formarono delle compagnie di speculatori conosciute sotto il nome di *bande nere*, le quali, senza rispetto per gli antichi monumenti della istoria, demolirono una quantità di castelli antichi, e d edifizii preziosi per le arti, onde trar partito dai materiali. Ogni epoca ha avuto i suoi Vandali.

209. Vediamo ora di quali cose è vietata la vendita.

1° Non si può vendere una successione futura, neppure col consenso di quegli della di cui successione si tratta (6). Ci occuperemo di questa materia all'art. 1600.

2° Non si può vendere la cosa altrui. Si veda il nostro comento dell'art. 1599. Vi tratteremo anche la vendita della cosa rubata.

210. 3° Non si può comprare la propria cosa. *Suæ rei emptio non valet, sive sciens sive ignorans emi.* Sono parole di Sempronio nella leg. 16, Dig. *De cont. empt.*

Nulladimeno si può comprare la propria cosa, per il caso in cui cessasse di appartenerci (7).

Si può anche comprare un dritto posante sopra questa cosa, ma di cui si è privi; per esempio un dritto di possesso, del quale un altro è investito (8).

211. 4° Non si possono vendere i beni dotali (9) che nei casi previsti dagli art. 1555, 1557 e 1558, del codice civile.

212. 5° La vendita dei beni onerati di sostituzione, è nulla di fronte all'erede fidecommissario, il quale all'epoca dell'apertura della sostituzione, può rivendicare come sue le cose alienate dall'erede fiduciario (10); ma tra venditore e compratore la vendita sussiste; è solamente resolubile (11).

(1) Pardessus, n. 308.

(2) L'art. 1667, *infra*, lo dice espressamente.

(3) Pomponio, l. 18, Dig., *De cont. empt.* Voet, a questo tit., n. 14. Despeisses, p. 7, n. 3.

(4) N. 11 e 17.

(5) Paolo, l. 52, Dig., *De cont. empt.* Ved. anche l. fin., Dig., *De damno infect.*

(6) Art. 1130 del codice civile.

(7) Marcello, l. 61, Dig. *De cont. empt.*

(8) Paolo, l. 34, § 4, Dig., *ibid.* Pothier, *Vente*, n. 8 e 9.

(9) Art. 1554 e 1560 del codice civile.

(10) Voet, *De cont. empt.*, n. 15.

(11) Pothier, *Vente*, n. 15, contro Domat. Merlin, *Vente*, p. 490.

213. 6° I regolamenti di polizia hanno proibito la vendita illimitata dei veleni (1). La legge del 21 Germile anno XI dispone: Che le sostanze velenose si venderanno esclusivamente dai farmacisti e droghieri; che non potranno smerciarsi che a persone conosciute e domiciliate, che potessero averne bisogno per la loro professione, o per causa conosciuta, sotto pena di 3000 fr. di multa pei venditori trasgressori (art. 34);

Che i farmacisti e droghieri terranno un registro numerato, e visato dal *maire*, sul quale inscriveranno i loro nomi, qualità e dimora, la natura e quantità delle droghe consegnate, l'uso che si propongono farne, e la data precisa del giorno della compra, e tutto sotto pena di 3000 fr. di multa contro i trasgressori (art. 35).

214. 7° Regolamenti non meno salutari proscrivono la vendita delle armi occulte e proibite, siccome stiletti, tromboni, pugnali, pistole da tasca, stocchi da bastone, etc. (2).

215. 8° Gli ordini di polizia proibiscono ancora la vendita dei commestibili riconosciuti corrotti e nocivi alla salute (3), dei vini falsificati e mischiati (4).

216. 9° È proibito di porre in vendita i libri condannati, e soppressi mediante decisioni di tribunali, passate in istato di cosa giudicata. Del rimanente, la libertà della stampa non è più sottomessa ad alcuno dei vincoli che hanno per sì lungo tempo compresso il suo benefico slancio. Essa è la salvaguardia più vigilante del governo costituzionale.

217. 10° Il governo si è riservato il monopolio di certe cose, quali sono il tabacco, e la polvere da esplodere. Egli solo ha il privilegio di vendere questi oggetti, il commercio dei quali è vietato ai particolari.

218. 11° Vi sono altri oggetti costituenti il soggetto dell'imposta indiretta, lo smercio dei queli è sottoposto a certe misure di precauzione che fu d'uopo introdurre affinchè non si sottraessero ai dazii che gli gravano: tali sono i vini, l'acquavite, l'aceto, ed in generale le bibite ed il sale.

219. 12° Ad altri oggetti, prodotti da estera fabbricazione, o da estero terreno, è vietato l'ingresso nel territorio Francese, e non possono essere venduti sopra i nostri mercati. Tali sono le pelli, etc., etc. L'amministrazione delle dogane invigila per impedirne la fraudolenta introduzione.

Altri oggetti più favoriti possono entrare in Francia, ma a condizione di pagare un dazio più o meno considerabile.

Anticamente, nell'interno stesso della Francia, la libertà del commercio era inceppata ai confini di ogni provincia da proibizioni e da barriere, che lo spirito meschino della feudalità aveva elevate nello scopo di perpetuare la divisione del territorio, che era il di lei principio. La civilizzazione ha distrutto per sempre questi ostacoli, e la Francia gode oggidì della sua unità, e della vigorosa sua centraliz-

(1) L. 35, § 2, Dig., Cajo, *De cont. empt.* Voel, n. 18. Merlin, Rép., *Vente*, p. 488.

(2) Dichierazione del 23 Marzo 1728. Decreto del 12 Marzo 1808. Art. 314 del codice penale. Merlin, Rép., V *Armes* e *Vente*, p. 488. Dal., *ibid.* Pothier, *Vente*, n. 11.

(3) Art. 605 e 606, C. del 3 Brumajo anno IV. Art. 20, t. 1, legge del 22 Luglio 1791. Merlin, Rép., *Vente*, p. 488, n. 5, *bis.* Decisione di cassazione, del 5 Settembre 1812.

(4) Art. 318 del codice penale.

zazione. Forse tempo verrà, desiderato dai filosofi, e predetto dai pensatori, in cui i popoli europei gravitando verso uno stato di più intima fusione, deporranno le loro industriali rivalità, come cominciano a deporre i loro odii nazionali, e proclameranno il principio della libertà del commercio sulle rovine del sistema proibitivo.

220. 13° Alcune cose sono, per la loro stessa natura, fuori del commercio. Si possono citare gli uffizii e funzioni pubbliche, che sono una dependenza della sovranità, e com'essa non cedibili. Le leggi de' 4 Agosto 1789, e 6 Ottobre 1791, hanno abolito la venalità degli uffizii; il commercio ne è illecito e proibito, salve alcune eccezioni, delle quali tantosto parleremo, e che sono state introdotte dalla legge del 28 Aprile 1816.

Fin qui tutti sono d' accordo, e non vi può essere il minimo dubbio. Ma la divergenza si manifesta, quando si dimanda, se è permesso ad un funzionario di vendere la sua dimissione, e ad un aspirante al suo posto il provocare una vacanza, comprando la rinunzia del titolare.

La corte di Bourges, con decisione 5 Luglio 1825 (1), e la corte di cassazione con decisione 2 Maggio dell'istesso anno (2), giudicarono che il vantaggio di una dimissione aveva potuto esser materia d' una obbligazione lecita.

Al contrario la corte di Nancy, con decisione inedita 23 Luglio 1824, e con una seconda decisione 12 Novembre 1829, raccolta da Dalloz (3), e la corte di Parigi, con decisione 8 Novembre 1825 (4), hanno statuito che simili contratti sono nulli, e contrarii ai buoni costumi.

Quest' ultima opinione mi sembra preferibile, e la giustifico con le seguenti ragioni, da me sviluppate avanti la corte di Nancy in qualità di avvocato generale, all' epoca della decisione del 12 Novembre 1829. Il sunto ne è stato inserito da Dalloz nella sua collezione cronologica; quest' autore non vi ha risposto, quando nella sua collezione alfabetica ha preferito l' opinione contraria (5).

Il dritto canonico ha sempre perseguitato la venalità degli uffizii ecclesiastici fino nei suoi più occulti raggiri, e le precauzioni di cui si è armato possono oggi servir d' esempio ai magistrati per sventare le trame contro le nuove leggi che vietano la venalità degli uffizii civili. Tra i casi qualificati *simoniaci*, i canonisti ponevano quello di chi avendo un benefizio, e volendo rinunziarlo, prendeva del danaro da chi aspirava a farsene investire. « In generale, dice Durand de Maillane (6), debbonsi avere per sospette « tutte le permute, vendite, cessioni, ed altri atti passati tra un renunziante ed un renunziatario, quando « precedono o seguono immediatamente la renunzia. *Infatti vengono « dichiarati simoniaci*, *qualora sembrino relativi allą renunzia*, *o precedenti ad essa* » Tale è pure la dottrina di Bonifacio (7) e d' Héricourt (8). Vi è una sorprendente analogia tra la

(1) Dalloz, 26, 2, 52.
(2) *Ibid.*, 25, 1, 151.
(3) *Ibid.*, 30, 2, 52.
(4) *Ibid.*, 26, 2, 44.
(5) *Obligation*, p. 471, n. 16.
(6) Alla parola *Simonie*, p. 320.
(7) Decisione di Provenza, t. 1, lib. 11; t. 26, c. 2.
(8) T. 1, sons. 87.

difficoltà da noi esaminata, ed il caso di cui parlano quegli autori. Ebbene! la legge civile si mostrerà essa meno pura, e meno severa della legge canonica? Sarà essa meno premurosa di bandire dalle pubbliche funzioni le speculazioni di danaro?

Ma ascoltiamo le costituzioni emanate dai re di Francia in quelli intervalli troppo brevi, nei quali la venalità degli uffizii, tradita da tutti i suoi inconvenienti, era l' oggetto di rigorose proibizioni. Tali costituzioni non si limitavano vietare al fisco di vendere le cariche pubbliche, ma proscrivevano inoltre tutti i contratti venali passati tra gl' individui provveduti e gli aspiranti. Ciò è provato dall'art. 33 della costituzione di Carlo VI, del 7 Gennajo 1407, la quale *proibisce agli ufficiali di trarre ALCUN VANTAGGIO DALLA RINUNZIA AI LORO UFFIZII* (1). Non è forse questo un riprovare tali compre e vendite di dimissione, tali atti di simonìa civile, che la corte di cassazione incoraggisce con la sua molle condiscendenza?

Carlo VII comprese tutti i casi di venalità nella sua costituzione del 1450 (art. 54). « Vietiamo che d'ora in- « nanzi i nostri ufficiali e consiglieri, « ricevano alcuna promessa o dono « per fare avere ed OTTENERE alcuno « dei nostri ufficii, sotto pena, pe' no- « stri ufficiali e consiglieri, di pagarci « il quadruplo di ciò che loro fosse « stato promesso, dato e consegnato, « d' incorrere nella nostra indignazio- « ne, e di essere severamente puniti; « ed ai nostri sudditi, sotto pena di « perdere l' uffizio che avessero otte- « nuto, di essere destituiti da qualun- « que ufficio regio, e di pagarci egual- « mente il quadruplo.

« Vogliamo che questi nostri uffi- « zii siano concessi ed affidati a per- « sone capaci ed idonee, liberalmen- « te per nostra grazia, e SENZA PAGARE « ALCUNA COSA, *affinchè senza concus- « sione* amministrino la giustizia ai no- « stri sudditi (2). »

Carlo VIII, mediante l'art. 68 della costituzione del 1493, fortificò queste proibizioni col seguente disposto.

« Ordiniamo che d' or innanzi niu- « no compri uffizii di presidente, con- « sigliere, o altro qualunque, nella « nostra corte del parlamento, e si- « milmente verun ufficio e giudicatu- « ra nel nostro regno, *nè per ottener- « li, consegni, o prometta altro di equi- « valente*, E DI CIO' SIA TENUTO DI FA- « RE GIURAMENTO SOLENNE, AVANTI DI « ESSERE ISTITUITO E RICEVUTO, etc. »

Carlo IX aveva autorizzato gli aventi ufficii a rinunziare mediante un dritto di mutazione. Ma gli stati di Blois reclamarono contro questa tolleranza, ed Enrico III fece dritto alla loro rimostranza con l' art. 100 dell' editto del 1579.

« Vogliamo ed ordiniamo, che chi « si troverà in avvenire aver venduto « direttamente o INDIRETTAMENTE ca- « riche di giudicatura, perdano il prez- « zo, e siano inoltre condannati al dop- « pio . . . . . ; e che quelli che le avran- « no comprate o fatte comprare, dato « o promesso danaro PER CONSEGUIRE « LE DETTE CARICHE, ne siano privati « e dichiarati indegni ed incapaci di « occupare veruno ufficio regio. »

Tutte queste disposizioni sono chiare, e più lo divengono, se si pongono a fronte della costituzione di Carlo VI, con la quale sono intimamente con-

(1) Répert., V *Office*, p. 726.

(2) Questa costituzione essendo combinata con quella del 1407, sembrerà chiara ad ognuno.

nesse; di quella costituzione che proibiva agli ufficiali di trarre alcun partito dalla rinunzia del loro ufficio.

Qui cessano le leggi proibitive; i pubblici costumi si cambiano, e dopo Enrico IV, non troviamo altri monumenti, che quelli autorizzanti la venalità delle cariche. Ma i testi che abbiamo desunti dalla legislazione temporaria, che la condannava come illecita, provano abbastanza, che la non venalità delle cariche ha sempre avuto per corollario la proibizione di mercanteggiare sulle rinunzie e dimissioni. Il dritto civile ed il canonico, ci hanno mostrato in questo punto la loro perfetta conformità.

Ma è necessario provare, che quantunque questi testi mancassero alla nostra opinione, essa si sosterrebbe ancora per ragioni potenti d'ordine pubblico. In un'epoca in cui la mania delle cariche pubbliche agita tutte le classi della società, è egli conveniente di stimolarla con dei traffici, che moltiplicando la vacanza eccitano la cupidigia, muovono le ambizioni, e risvegliano disordinate pretensioni?

La prerogativa regia, può d'altronde esserne inceppata più che non si pensa. Queste dimissioni comprate si offrono segretamente. Gli uomini di merito che le ignorano, non possono concorrere, mentre che il campo è aperto alla mediocrità, o agl'intriganti che si son fatti innanzi. La scelta del re è dunque forzata, ed il libero concorso di tutte le capacità è ad evidenza paralizzato.

Finalmente (e ciò è più decisivo), i sacrifizii pecuniarii fatti per comprare una dimissione, portano talvolta a prevaricare. Un ricevitore di finanze, obbligato a pagare una rendita considerabile che lo incomoda, avrà maggiore stimolo di attingere nella sua cassa, o di vessare i contribuenti. Un altro funzionario volendo indennizzarsi degli oneri che si è imposti, sarà più propenso cedere alle suggestioni di una coscienza equivoca. Poichè gli esempii di corruzione sono rari tra i depositarii della fiducia del governo, bisogna sforzarsi di mantenere questa felice integrità, ed allontanare le insidie della cupidigia, e di un sordido interesse. Tale era il pensiero di Carlo VII, quando diceva che *le cariche si debbono ottenere senza pagare alcuna cosa*, *affinchè i funzionarii amministrino la giustizia* SENZA CONCUSSIONE; e Giustiniano aveva sviluppata quest'idea con l'abbondanza orientale nel preambolo della sua novella 8, tanto spesso citata dagli avversarii della venalità delle cariche.

Ma queste ragioni cessano di essere applicabili rapporto alle cariche, la rinunzia delle quali *in favorem* è stata autorizzata dall'art. 91 della legge Francese 28 Aprile 1816. Tali sono gli ufficii di cancellieri, patrocinatori, uscieri, notari, etc., etc. (1). Questi funzionarii ministeriali, possono annettere un prezzo alla loro dimissione, che è ormai una cosa posta in commercio. Sapey, organo di una commissione della camera dei deputati, incaricata di esaminare la petizione di un tal Lex, antico notaro a Strasburgo, diceva: « La vostra commissione ha opinato che l'artic. 91 « della legge 28 Aprile 1816, ristabilendo la proprietà di queste cariche, « abbia dato il dritto di disporne, *ed* « *in conseguenza di stipulare un prez-*

(1) Cassaz., 20 Giugno 1820. (Dalloz, *Oblig.*), 28 Febb. 1828. (Dall., 28, 1, 151), 16 Febb. 1831. (*Ibid.*, 31, 1, 54).

« *zo per la cessione* che se ne volesse « fare (1). »

Si noti del resto, che questi contratti sono condizionali; sono subordinati al placito del re, il quale, depositario della sovranità, non è vincolato dalla presentazione fattagli. In caso di rifiuto del principe, la dimissione dell' officiale si ritira, ed egli ha il dritto di presentare un nuovo candidato che possegga le condizioni richieste (2).

221. Un brevetto di stampatore e di librajo è nel numero delle cose che per loro natura sono fuori del commercio (3).

Ma nulla impedisce che si contratti con un librajo od uno stampatore in titolo acciocchè dia la sua dimissione; perchè l' utilizzare un brevetto di stampatore o di librajo, è piuttosto un' intrapresa commerciale, che l' esercizio di un ufficio. La nomina del re interviene per soli motivi di alta polizia, che per questo genere di speculazione industriale ha fatto una eccezione alla libertà del commercio.

Accade quasi sempre, che contrattando la dimissione di un brevetto di stampatore o di librajo, vi si unisca la vendita del materiale che questo brevetto autorizzava a porre in opera. Tali stipulazioni sono d'ordinario condizionali, essendo subordinate alla concessione del governo, senza di cui questo materiale sarebbe improduttivo, o almeno di un valore limitato.

Nientedimeno può ammettersi che, in certe date circostanze, la vendita del materiale e la dimissione del brevetto formino un contratto puro e semplice. La corte di Poitiers ha riscontrato queste circostanze in un caso, in cui Martino Prod aveva venduto a Rosenfeld ed a Voularnière i suoi brevetti di stampatore e di librajo, con tutto il materiale, *per averne tosto il godimento*. Gli acquirenti essendo immediatamente entrati in possesso, avevano trasportato i torchj, i caratteri ed i libri in un nuovo magazzino, senza precedente stima ed inventario. Negli avvisi stampati, ed in un cartello posto sopra l' ingresso della loro bottega, avevano assunta la qualità di successori di Martino Prod. La corte considerò, che pel fatto degli acquirenti, era divenuto impossibile determinare quale poteva essere, secondo la intenzione delle parti, la porzione del prezzo rappresentante il valore dei brevetti, e la porzione del prezzo medesimo rappresentante il materiale ceduto; che, *secondo i termini del contratto e le circostanze della causa*, era stata volontà dei contraenti, che il contratto non fosse subordinato all'approvazione del governo; che l'avevano considerato come definitivo ed irrevocabile fino dal giorno della sua data; che l'oggetto di questo contratto era stato di porre a disposizione dei compratori, da un lato il materiale, dall' altro due brevetti, perchè essi richiedessero a loro carico e risico l' autorizzazione governativa, altrimenti perchè cedessero tutto a dei terzi che potessero ottenerla (4).

Questa decisione è intieramente fondata sopra i fatti speciali della cau-

(1) Estratte dal Monitore del 10 Settembre 1830. Dalloz, 31, 3, 14 e 15.

(2) Medesimo rapporto di Sapey. Duranton, t. 16, (Ediz. Tarlier, t. 9), n. 182.

(3) Nancy, 23 Gennajo 1828 (D., 29, 2, 11), e Poitiers, 27 Giugno 1832 (D., 33, 2, 50).

(4) Decisione 27 Giugno 1832 (D., 33, 2, 50).

sa. Ma generalmente i giudici non dovranno interpetrarli in questo modo, fuorchè quando vi saranno condotti irresistibilmente dalla volontà dei contraenti; perchè non si può dissimulare che pel consueto questi affari si trattano sotto l'influenza d'altre idee.

222. 14° Alcune cose che non sono fuori del commercio per natura loro, lo sono per loro destinazione (1). Può citarsi in esempio una chiesa, una piazza pubblica, una strada, una via pubblica, etc. Il loro pubblico uso impedisce che queste cose divengano proprietà particolari. Benissimo lo dice il giureconsulto Pomponio (2), « *sacra et religiosa loca, aut quorum* « *commercium non sit, ut* PUBLICA, « QUÆ NON IN PECUNIA POPULI, SED « IN PUBLICO USU HABEANTUR, UT EST « CAMPUS MARTIUS. »

Pure, se il compratore è stato in buona fede, cioè se ingannato dal venditore ha ignorato la qualità della cosa, potrà agire contro il medesimo venditore *ex empto*, per farsi pagare un'indennità equivalente all'interesse che avrebbe avuto a non essere indotto in errore. Qui il contratto produce una obbligazione, ed è in questo senso che Pomponio ha insegnato che vi era vendita (3). Ma si può bensì dire, che l'acquirente ha dritto al reclamo dei danni ed interessi appunto perchè la vendita non è valida (4).

Quando la destinazione di queste cose è cambiata, e che non servono più ai pubblici usi che le toglievano al commercio, rientrano nella classe delle cose disponibili. Perciò ogni dì lo stato ed i comuni, vendono le antiche strade che non servono più alle comunicazioni.

223. 15° Nel dritto Romano, era permesso vendere il grano in erba (5).

Ma le leggi Francesi hanno diversamente disposto, per timore che gli agricoltori sedotti da un guadagno attuale, si privino spensieratamente, ed a prezzo vile, del frutto dei loro sudori (6). Contuttociò queste leggi partecipano dello spirito dell'epoca in cui furono promulgate, e dei pregiudizii che facevano credere, che per prevenire la carestia, era d'uopo porre ostacolo al commercio dei grani. Voët ci narra che simili decreti emanati in Olanda, vi erano a tempo suo caduti in disuso (7). Sebbene le leggi Francesi da me citate, non sieno mai state abrogate formalmente nè implicitamente, pure è noto che sono pochissimo osservate, specialmente riguardo alle pene da loro decretate.

La corte di Agen ha perfino deciso, che sono state abolite dal codice civile, il quale non ha rinnuovato le loro proibizioni, e dal codice penale, che non qualifica in veruna parte questo delitto (8). Ma io credo che questa opinione sia avventurata. Non adotto neppure il sentimento del procurator generale presso quella corte regia, il quale nelle sue conclusioni sostenne,

(1) Toullier, t. 6, (Ed. Tar., t. 7), n. 157 al 163.

(2) L. 6, Dig., *De cont. empt.*

(3) L. 4, Dig., *De cont. empt.* Cujac., sulle leg. 4, 5 e 6. *Ibid.*, Ducaurroy, *Inst. expliq.*, n. 1045.

(4) Ved. *infra*, n. 245.

(5) L. 78, § ult., Dig., *De cont. empt.*

(6) Capitoli di Carlomagno, lib. IV, appendice 2, n. 16 e 26. Ord. di Luigi XIV, del 22 Giugno 1694. Legge del 6 Messidoro anno III. Despeisses, p. 9, n. 8. Merlin, Rép. V *Vente*. Toullier, t. 6, (Ed. Terlier, t. 3), n. 118, 119. D'Olive, p. 345 dice, che le ordinanze dei re di Francia furono di mal animo ricevute nella giurisdiz. del parlamento di Tolosa.

(7) Ad Pand., *De cont. empt.*, n. 11.

(8) Dalloz, 32, 2, 156.

che l'azione di nullità della vendita era personale al venditore, e non poteva esercitarsi da' suoi creditori. Poichè la proibizione è stabilita per motivi d'ordine pubblico, tutti gl'interessati possono ad evidenza giovarsene.

Del resto, una legge del 23 Messidoro anno III dichiarava, che nelle proibizioni decretate dalle leggi surriferite, non si doveva comprendere la vendita dei grani in erba, che succede in conseguenza di tutela, curatela, mutazione di fittajuoli, sequestro di frutti, locazioni giudiciarie, ed altre di questa natura.

224. 16° Oltre le cose che sono inalienabili, o per effetto della loro destinazione, o per regolamento di polizia, o per volontà della legge, vi sono dei dritti, dei quali non si può disporre, perchè sono annessi alla persona che ne gode, e non possono essere posseduti che da lei. Ciò ne conduce alla famosa distinzione tra i dritti puramente personali, *personis ipsis annexa*, ed i dritti impersonali o trasmissibili. Questa materia difficile, della quale troviamo il germe nell'articolo 1166 del codice civile, è stata trattata con sagacità ed abbondanza da antichi scrittori, le opere dei quali sono oggidì poco note. Gallerato, giureconsulto Italiano, nella sua opera *De renunciatione* (1), Olea, giureconsulto Spagnuolo nel suo eccellente libro *De cessione jurium* (2), hanno in questa materia affrontato delle quistioni nuove ed importanti. Io non posso seguirli nelle loro dotte ricerche, perchè escirei dalla materia della vendita, per entrare in quella delle cessioni e delle trasmissioni in generale, da qualunque titolo derivino. Parlerò qui soltanto di alcuni principii e di alcune applicazioni che più d'appresso riguardano l'oggetto di questo comento.

L'art. 1122 del codice civile, stabilisce che in dubbio, qualunque dritto si reputa trasmissibile agli eredi di chi ne è investito. Infatti, tuttociò che è d'ostacolo alla perpetuità dei dritti non si presume, ed eccetto il caso di circostanze particolari, dobbiamo pronunziarci per quello che limita meno la proprietà.

Ciò posto, è d'uopo stabilire, che una cosa trasmissibile è anche cedibile e viceversa. L'art. 1122 del codice civile, ci conduce dunque a decidere, che in dubbio, qualunque dritto ed azione si presuma cedibile. Il che d'altronde è conforme a questa regola, che niuno combatterà, *in dubio pro libertate respondendum est.*

Dico che in generale, ciò che è trasmissibile agli eredi, è anche cedibile, e viceversa. Nullostante, questa proposizione ha avuto numerosi contradittori, ed Olea cita ventisette dottori, i quali sostengono che in generale non deve argomentarsi dalla trasmissione alla cessione, perchè in varii casi, quello che è trasmissibile non è cedibile (3). Tale ancora è l'opinione di Tiraquello (4).

Credo che questi scrittori abbiano qui mancato di esattezza e di precisione. Si sono essi fatti abbagliare da alcuni casi particolari, dei quali hanno fatto una regola, sebbene fossero una mera eccezione, e non hanno fatto conto di quella massa innumerevole di casi, che costituiscono il dritto comune a motivo della loro moltiplicità,

(1) Tit. 1, c. 4, n. 122.
(2) T. 3, quest. 1 e seg.
(3) *De cessione jurium*, t. 3, q. 8, n. 2.
(4) *De retract. gentilit.*, § 26, gloss. 1, n. 2.

e nei quali vedesi la cedibilità di una cosa accompagnarne la trasmissibilità.

I ventisette dottori d' Olea hanno detto in un modo assoluto, che tuttociò che è cedibile, è necessariamente trasmissibile: « *Cessibilis*, *ergo* « *transmissibilis*. » Ed uno di essi, Goeddeo, arriva anche a dire, che ciò è vero senza limitazione, *absolute et sine limitatione*. Quest' asserzione però è troppo avanzata; l' usufrutto è cedibile, pure non è trasmissibile. Nullameno non è trasmissibile *ad hæredes*, perchè si estingue per la morte dell' usufruttuario. Ora, dall' essere la regola *cessibilis*, *ergo transmissibilis*, limitata da una o più eccezioni, ne deriva forse che non è esatta? Niente affatto. In generale essa è vera. Soltanto, come ogni gran regola di dritto, soffre alcune eccezioni.

Perchè adunque gli scrittori da me confutati, vogliono che non si possa argomentare della trasmissibilità di una cosa alla sua cedibilità? Forse perchè la nostra proposizione è soggetta a qualche eccezione? Ma qual regola non ne ha? Come non vedono essi, che quando una cosa passa dal proprietario nei suoi eredi, ne risulta che non è *mere personalis et ossibus nostris affixa*; che quindi è cedibile, eccetto il caso, che particolari ragioni suggerite, o dal bisogno della conservazione dei beni nelle famiglie (1) o da qualunque altra considerazione congenere, ne abbia fatta vietare l'alienazione ai terzi?

Dicasi dunque, che in tesi generale, quello che è trasmissibile è cedibile e viceversa; che quello che non è trasmissibile non è cedibile e viceversa; che però questa regola non è più delle altre privilegiata, e che anch'essa soffre delle limitazioni: così pensa anche Merlin (2).

225. Tra gli esempii di dritti personali, e che non possono vendersi, citeremo il dritto d'uso (3), ed il dritto d' abitazione (4); perchè chi gli concesse ebbe riguardo ai bisogni, ed alla discretezza dell' usuario. Esso ebbe in mira questa sola persona; sarebbe ingiusto che essa potesse sostituire alcuno che avesse maggiori bisogni, o che non avesse la medesima sua moderazione, ed usasse della cosa con riguardi minori (5).

Nulladimeno, quando un dritto d'uso è annesso ad una casa faciente parte d' un comun usuario, può vendersi questo dritto d' uso unitamente alla casa da cui dipende. L' uso, sebbene principalmente considerato non sia cedibile, ritorna ad esser cedibile, quando è preso come accessorio d'una cosa che non è inalienabile (6).

Non solo non può vendersi un dritto d'uso preso in sè medesimo e nella sua forma astratta, ma non si può

(1) Tiraquello, per provare la sua regola *quod transmissibile ad hæredes, non continuo cessibile est*, cita l' esempio del fidecommesso, il quale si trasmette agli eredi del fidecommissario, ma non si può alienare. Primiaremente i beni fidecommissarii possono alienarsi sotto condizione resolutiva, (ved. n. 212). Perciò in questo rapporto l' esempio non è felice. In secondo luogo poi è evidente, che se il fidecommesso non è cedibile, sebbene trasmissibile, ciò accada per il motivo eccezionale di conservare i beni nelle famiglie.

(2) Quest. di dritto. *Hypothèque*, p. 415. *Infra*, n. 702.

(3) Art. 631 del cod. civ.

(4) Art. 634 del cod. civ.

(5) Questa ragione è data da Osveldo Hilliger, comentatore del famoso Donello, (lib. X, Com., c. 24, nota *c*).

(6) Arg. dalla l. 22, D., *De cont. empt.* Ved. la spiegaz. che ne da Pothier, (Pand., t. 1, p. 489, n. 11).

vendere l'emolumento parziale che se ne trae. « È vietato, porta l'art. 83 del « codice delle foreste, agli usuarii di « vendere o permutare le legna a loro « consegnate, e d'impiegarle ad altro « destino che quello per cui il dritto « d'uso fu concesso. »

Le legna d'uso sono infatti concesse pei bisogni personali e domestici dell'usuario, nè debbono esser tolte alla loro destinazione.

226. Devesi porre nella classe delle cose non cedibili il privilegio spettante all'erede, di escludere dalla divisione una persona non successibile, a cui il coerede ha venduto il suo dritto alla successione, con rimborsare il terzo estraneo del prezzo della sua cessione (art. 841 del codice civile).

Questo retratto successorio, è accordato al favore del sangue, ed alla qualità di erede, acciocchè gli estranei non si mischino nelle divisioni per portare il disordine nella famiglia. Ma quando quegli stesso che poteva esercitare il retratto, trasferisce i suoi dritti ad un estraneo, rinunzia evidentemente al benefizio della legge, ed il suo cessionario non può più farlo valere. D'altronde la legge ha certamente potuto dare una preferenza all'erede sull'estraneo; ma tra dei terzi respettivamente cessionarii, il privilegio sparisce, e si ritorna al dritto comune.

227. Può vendersi un dritto agli alimenti? Poche quistioni sono state più di questa imbrogliate dagli autori. Non eccettuo da questo severo giudizio neppure Olea (1), il quale ordinariamente adopra tanta sagacità nelle sue dissertazioni.

Distinguiamo prima gli alimenti dovuti in virtù del dritto naturale, *ex jure sanguinis* (come quelli dovuti da un padre a' suoi figli), dagli alimenti dovuti in vigore di una convenzione, *ex contractu*, ovvero *ex testamento*.

Rapporto ai primi, è quasi inutile dire che non si può cedere *il titolo* in vigore del quale sono dovuti. Questo titolo è creato dalla natura; è una qualità affatto personale e non trasmissibile.

Ma non può cedersi e vendersi il profitto di questi alimenti, *commoditatem alimentorum?* Tale quistione presenta maggiori difficoltà.

Vi sono degli alimenti che il creditore (o l'*alimentario*, come dicono i dottori) riceve nella casa di chi è tenuto alla prestazione. Questi alimenti non hanno un quantitativo fisso; sono di tutti i giorni, e si prendono alla tavola del debitore. Il profitto di tali alimenti non può esser ceduto (2); essi costituiscono una specie d'uso attribuito alla sola persona del creditore.

Ma vi sono degli alimenti che si valutano in una somma fissa, la quale sta in luogo di ogni prestazione in natura. Alcuni si pagano ancora mediante delle corresponsioni in grani, frutta e pollami; e secondo Olea, devesi in ambi i casi decidere, che queste somme o prestazioni possano cedersi; che niuna ragione di dritto o di equità induce a porle nella categoria delle cose non cedibili; e che in questo senso i dottori hanno detto, *che il profitto degli alimenti può cedersi.*

Tuttavia, aggiunge Olea, è d'uopo che tal cessione *sia vantaggiosa a chi l' ha fatta.* Perchè se fosse a titolo gratuito, sarebbe una prova che l'*alimentario* non si trova in bisogno, o non vi sarebbe più luogo ad alimenti; che se l'alimentario per capriccio o per dispetto donasse l'emolumento

(1) *De cessione jurium*, t. 3, q. 13, n. 27, 28, 29.
(2) Olea, *loc. cit.*

della sua pensione, e per fare onta al debitore degli alimenti, mendicasse il suo pane, quest' ultimo nulla sarebbe tenuto a pagare al cessionario; perchè sarebbe interesse di un padre che somministra gli alimenti al figlio, d' impedirgli il mendicare volontariamente, e di vivere in un modo indegno di lui.

In tuttociò vi è un fondo di verità; ma vi trovo una confusione che ne occulta l'evidenza. E, per esempio, Olea non distrugge da sè stesso la regola che vuole stabilire, dicendo dovere la cessione esser di vantaggio a chi l'ha fatta? Se la validità della vendita è subordinata all' utilità che ne ritrae il venditore, cosa diviene quella stabilità ed irrevocabilità, senza di cui non vi è vera alienazione?

Convengo con Olea, che il creditore di alimenti dovuti *ex jure sanguinis*, può vendere le prestazioni in natura che riceve, che può delegare uno o più pagamenti a scadenza ad un cessionario che gli avrà somministrato danaro pei suoi bisogni; ma non ammetto che possa vendere il suo credito *in abstracto;* perchè va unito ad una qualità naturale senza di cui non può esistere. È dunque inalienabile, come la qualità di cui è l'attributo.

Olea istesso non è lontano da questo sentimento, poichè non dà valore alla vendita, se il cedente non ne trae un vantaggio reale. E questo non è un convenire, che in sè stessa questa vendita resiste a dei principii rispettabili, che si fanno cedere soltanto per una mira di utilità?

Senza dubbio, se un figlio avesse alienato il suo credito mediante un vantaggio reale ed evidente, il padre che ricusasse di pagarne la pensione al cessionario, non sarebbe ascoltato. Ma non per ragioni tratte dalla validità della vendita, non essendo necessario esaminarne il merito intrinseco; bensì per una eccezione d' inammissibilità emergente dalla mancanza d' interesse. Ma supponete che il figlio abbia fatto un cattivo affare; supponete che un tal figlio dissipatore venda per un capitale che è ansioso di possedere, il futuro vantaggio del credito alimentario che tiene contro il padre! Egli si affretta di consumare questa somma, e quando è ridotto all'estrema miseria, ricorre a suo padre per una nuova pensione. Dovrà il padre, cui incombe tal dovere per necessaria conseguenza delle sue obbligazioni naturali, pagare nel tempo stesso al cessionario l' importare dell' altra pensione, fortunato ancora se questo figlio non fa un secondo traffico de'suoi alimenti, e non si sostituisce un secondo creditore, e così di seguito, finchè lo scandalo di questi maneggi faccia toccar col dito la falsità del principio di cui saranno le applicazioni!

Nò, senza dubbio! L' interesse del padre essendo qui evidente, nulla gli vieterà d' insistere sopra questo commercio di cose non cedibili, e dovrà ottenere la nullità di tali vendite.

Taluno ha aggiunto un'ultima ragione a quelle da me presentate. Si è detto: « Una pensione alimentaria dipende dai bisogni attuali del creditore. Può ad un tratto cessare, se il « pensionato giunge ad uno stato di « agiatezza (1). Ora, cosa deve pagare il padre, quali bisogni urgenti « restano a sodisfarsi, quando il figlio possede un capitale, dal quale « provvede alle sue spese necessarie, « ed anche voluttuose? Non è chiaro « che la vendita del credito di alimen-

(1) Art. 208 e 209 del codice civile.

« ti distrugge il credito medesimo, lo « priva di fondamento e di causa? »

Quest' argomento è più specioso che solido; mentre se il compratore perdesse gli effetti della sua surroga nei dritti del creditore per alimenti, esigerebbe che questi ne lo indennizzasse come garante, e la sua richiesta riporrebbe l' alimentario nello stato di primitiva penuria.

Passiamo alla seconda parte della nostra distinzione, e vediamo ciò che riguarda gli alimenti convenzionali, o dovuti in virtù di un testamento.

Sopra questi, tutti sono d'accordo per decidere che sono cedibili, *e quanto al titolo, e quanto all' emolumento* (1). Questo è un credito come qualunque altro; è un dritto, che ben diverso dalli alimenti dovuti *jure sanguinis*, non è subordinato a bisogni variabili e passeggieri. Una volta abdicato mediante alienazione, questo credito non rinasce a misura che sorgono nuovi bisogni. È soggetto a prescrizione, e non riposa sopra dei principii di dritto naturale ai quali non sia permesso di derogare. Quindi non dovrebbe riporsi nel numero dei dritti non cedibili, fuorchè se consistesse in alimenti ricevibili dal creditore alla tavola del suo debitore, perchè in tal caso sarebbe una specie d' uso unicamente attribuito in vista della persona.

Così ben giudicò la corte di cassazione, con decisione del 31 Maggio 1826 (2), in un caso in cui una donna aveva ceduto ai suoi creditori i dritti che aveva contro il marito, tra' quali si trovava un vedovile di 600 fr., a titolo di *pensione alimentaria*. Essa pretendeva che questa somma non era cedibile, e che non aveva potuto disporne. Ma la sua pretensione fu rigettata con decisione della corte di Bourges, confermata dalla corte di cassazione. La sezione civile opinò, che in difetto di una legge portante proibizione di alienare, non si poteva crearne una per via d' induzione o di ragionamento. La sua decisione è motivata con tanta accuratezza, e presenta una teorìa dottrinale tanto sodisfaciente, che voglio citarne le espressioni.

« Considerando in dritto, che ai ter« mini dell' art. 537 del codice civile, « chiunque può disporre di ciò che gli « appartiene, a meno che una legge « vi si opponga; — che se esistono « leggi che dichiarano non cedibili le « pensioni concesse dal governo, non « è lo stesso di quelle donate o legate « tra' particolari anche a titolo di per« muta; — che infatti non si deve te« ner conto della leg. 8, D., *De tran« sact.*, e delle induzioni che l' attrice « ne trae, perchè questa legge non « aveva nel luogo del suo domicilio « matrimoniale, un'autorità legislati« va; — che, quanto al codice di pro« cedura civile, il quale, art. 581, di« chiara non sequestrabili le somme « e pensioni per alimenti, ne risulta « è vero che non si può esser privato « di queste pensioni contro la propria « volontà ad istanza dei creditori; ma « non ne risulta l' incapacità di dispor« ne, nè la nullità della cessione che « ne fosse liberamente consentita; — « che l'art. 1003 del medesimo codice « non si spiega maggiormente sulla « cessione; — che l' art. 1004 proibi-

(1) Io credeva almeno che vi fosse unanimità all' epoca in cui scriveva questo; ma mi accorgo, che Duranton è d' opinione contraria, in ciò che concerne la *donazione a legati* d' alimenti, (t. 16, n. 165). Egli si basa sugli art. 581 e 1004 del codice di procedura. Vedremo dalla decisione di cassazione che citerò, che questi testi sono inapplicabili.

(2) Dalloz, 26, 1, 282.

« sce di compromettere sulle donazio« ni e legati d' alimenti; ma che altro « è non potere in caso di lite, compro« mettere sopra un dritto, cioè non « poter ricorrere agli arbitri, altro è, « in mancanza di ogni lite, non poter « cedere o trasferire questo dritto, « mediante una convenzione volonta« riamente conclusa; — che è eviden« te, la proibizione intimata nel pri« mo caso non estendersi necessaria« mente al secondo, non potendosi « mai stabilire per induzione o razio« cinio una disposizione proibitiva. »

Non si può dir meglio.

La medesima decisione giudicò, che la vedova di cui si tratta, aveva potuto cedere ai suoi creditori la somma di 800 fr., che gli era stata assicurata nel suo contratto di matrimonio a titolo di lutto, per onorare la memoria di suo marito.

228. Le pensioni alimentarie ed altre, concesse dal governo, non possono cedersi. Sono inalienabili (1). Lo stesso è del soldo di ritiro, del trattamento di riforma, delle pensioni delle vedove e figli dei militari (2). Si ritorna quì al dritto stabilito nella leg. 8, D. *De transactionibus* (3).

229. Gli antichi giureconsulti esaminano ancora molte altre quistioni sulla materia dei dritti personali. Il dritto d' eleggere è cedibile (4)? è lo stesso del dritto d' ozione (5), dei privilegii dotali (6), dell'azione di revoca di nna donazione per motivo d' ingratitudine (7), etc.? Non vogliamo entrare in queste discussioni, che ci allontanerebbero più o meno dalla materia della vendita, e lasciamo al lettore studioso la cura di ritrovarne le soluzioni.

(1) Dichiarazione del 7 Genneje 1779, art. 12. Decisione del 7 Termidoro anno X.

(2) Parere del consiglio di stato, del 23 Genneje 1808. Répert. V *Pension*, n. 6.

(3) Ved. Brunemanno sopra queste leg., l. 1, p. 129.

(4) Olea, l. 3, q. 1, n. 32 e seg.

(5) *Ibid.*, n. 48.

(6) Deluca, sopra Olea, q. 26 e 27, nel sue *Spicileg. de cessione jurium.*

(7) Olee, t. 4, q. 7, n. 25.

ARTICOLO 1599.

La vendita della cosa altrui è nulla: essa può dar luogo al risarcimento dei danni ed interessi, quando il compratore abbia ignorato che la cosa fosse d' altrui.

SOMMARIO.

230. La vendite delle cosa eltrui era permessa nell' antico dritto. Ragione di queste punto di giurisprudenza.

231. Non può ever luogo sotte il codice civile. Principii nuovi che vi si oppongono. Ma se l' acquirente è stato inganneto, benchè la vendita sia nulla, può servire di base ad un' azione di danni ed interessi. *Quid*, se he conosciuto il vizio della cosa, ed è evitto? Del caso in cui il vendilare ha ignorato di non esser proprietario. Dissenso con Trouchet intorne el fissare quando si deve presumere nel venditora l' opinione di esser proprietarie.

232. Il principio che le cosa altrui non può vendersi, non è applicabile ella materie commerciali.

233. Casi nei queli vi è vendita della cosa altrui. La vendite non à di questo genere, quando ha per soggetto nne cosa che si possiede a titole resolubile, a dei beni ricevuli in anticipazione d' eredità, etc.

234. Può vendersi, sotte condizione, una cosa sulla quale si ha un dritto suspeso da una condizione.

Può vendersi *in genere*, ciò che ancora non si possiede, ma che si comprerà in seguito; può vendersi la cosa altrui, rendendosi garante del proprietario.

235. Effetti della nullità della vendita della cosa altrui. Non impedisce al compratore di buona fede, di far suoi i frutti, e di possedere *animo domini*, agli effetti della prescrizione. Dà anche vita all'azione publiciana, in virtù di cui il compratore può spogliare il possessore privo di titolo. Spiegazioni relative all'esercizio di quest'azione.

236. La vendita della cosa altrui diventa valida, se il venditore divien proprietario, ed il primo compratore si preferisce a chi avesse comprato dopo la consolidazione della proprietà. La vendita diviene valida anche se il vero proprietario eredita dal venditore non proprietario. Ripulsa di una distinzione di Toullier.

237. La vendita della cosa altrui può ratificarsi. Epoca a cui rimonta la ratifica.

238. Persone alle quali è concessa l'azione di nullità; il venditore non può esercitarla.

239. Della durata dell'azione di nullità della vendita della cosa altrui. Distinzione tra la posizione delle parti concorse all'atto, e la di cui azione si prescrive in dieci anni, e quella del vero proprietario stato estraneo all'atto, il di cui dritto si prescrive in dieci, venti o trent'anni, secondo i casi.

240. La Carta ha abolito il dritto che aveva lo stato di comprendere la cosa altrui nella vendita dei beni nazionali.

241. Della vendita di una cosa rubata. Posizione respettiva dei contraenti tra loro.

242. Posizione del compratore riguardo al proprietario.

243. Posizione del venditore riguardo al proprietario.

244. Dritti del locatore sopra i mobili del conduttore, traslocati mediante vendita.

COMENTO.

230. La sottigliezza del dritto Romano, resa popolare in Francia da Pothier, aveva fatto stabilire che l'oggetto preciso del contratto di vendita non fosse di rendere il compratore proprietario, ma soltanto di metterlo in possesso, e di difenderlo da ogni molestia ed evizione (1).

Da questa teoria si concludeva, che la vendita della cosa altrui era permessa (2); perchè, non consistendo il contratto di vendita nella traslazione della proprietà, era sufficiente, per esser valido, che il venditore si fosse obbligato a fare aver la cosa; e conseguiva questo scopo, o col comprarla egli medesimo dal vero proprietario, o coll'ottenere da quest'ultimo che acconsentisse a venderla al compratore. In caso di rifiuto del proprietario, siccome l'obbligazione assunta dal venditore era quella di un fatto lecito e in sè possibile, risolvevasi in un rifacimento di danni ed interessi (3).

231. Abbiamo altrove dimostrato (4), che il codice civile, più conforme del dritto Romano e dell'antico dritto Francese al dritto naturale, ha voluto che la vendita abbia d'ora innanzi l'effetto preciso di trasferire la proprietà. Ora per trasferire la proprietà di una cosa, bisogna esser proprietario, perchè *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse haberet* (5). La vendita della cosa altrui non è dunque più compatibile col sistema nuovo del codice civile, e il nostro articolo la dichiara nulla. *È ridicola*, diceva Tronchet, *la vendita della cosa altrui* (6); e Grenier, sviscerando questa teoria tanto ragionevole, aggiungeva come organo del tribunato: « *Lo scopo unico della vendita dev'es-*

(1) *Supra*, n. 4.

(2) L. 28 Dig., *De cont. empt.* Ulpiano. Pothier, *Vente*, n. 7.

(3) Pothier, *Vente*, n. 7, e *Oblig.*, n. 133, 136. Ducaurrey, *Inst. expliq.*, n. 1046. Despeiss., p. 9, t. 7.

(4) *Supra*, n. 4 e seg.

(5) L. 54, Dig., *De reg. juris*.

(6) Disc. al consiglio di stato. (Locré, t. 7, p. 32).

« *SERE LA TRASMISSIONE DI UNA PROPRIETÀ*. Ora la vendita di una cosa « che non appartiene al venditore non « può essere il germe di una trasmissione di proprietà (1). »

La vendita della cosa altrui è dunque nulla in qualunque caso, abbiano o no le parti saputo che il venditore non ne era proprietario. Contuttociò, se l'acquirente ha ignorato tale circostanza (2), se è stato ingannato, il nostro articolo gli dà un'azione per rifacimento dei danni ed interessi. Ma se sapeva che la cosa non apparteneva al venditore, o se il vizio è stato dichiarato, non ha dritto di querelarsi, perchè la colpa è comune (3), ed è stato di mala fede alla pari del venditore. « Malæ fidei emptor est, dice « Cujacio, qui scit rem quam emit « non esse vendentis (4). » Del resto, vedremo al n. 481 se, quando ha pagato il prezzo, e che si trova evitto, la legge gli accordi qualche azione di ripetizione.

Quid, se il venditore ha ignorato di non esser proprietario? La sua ignoranza lo dispensa dalla refezione dei danni ed interessi?

Notisi dapprima, che non deve dirsi con Tronchet (5): « che il proprieta« rio, il quale non ha espresso di ven« dere la cosa altrui, *deve reputarsi* « *avere ignorato questa circostanza* »; non si presume l'ignoranza dei proprj affari, del proprio patrimonio, del complesso dei proprj dritti. Eccetto il caso d'indizj contrarj, deve sempre supporsi, che chi vende una cosa non sua, sapeva non esserne proprietario.

Ma provato il suo errore, la di lui ignoranza lo libererà dal rifacimento dei danni ed interessi? L'affermativa sembra resultare dall'opinione di Tronchet, il quale al passo testè citato aggiungeva: « Ma chi l'ha dichia« rato *si è sottoposto al risarcimento* « *dei danni ed interessi*, sebbene la « vendita sia nulla. »

Ma se tale era il parere di Tronchet (lo che non affermerei), io rigetto come un errore. La precipitazione del venditore a non informarsi dei suoi dritti, è una colpa lata, di cui è responsabile quando ha recato danno ad altri. Oltre l'articolo 1630 che poi esamineremo, la legge 39, § 3, al Dig., *De evict.*, è formale. Giuliano vi prevede il caso in cui un individuo ha venduto per errore (*ignorans*) come schiavo un uomo libero, e decide che è responsabile verso il compratore (6). Qui abbiamo una ragione *a fortiori* per decidere così; perocchè l'errore sopra un dritto di proprietà è meno scusabile dell'errore intorno ad una qualità della cosa.

232. Il principio, che la vendita della cosa altrui è nulla, non è applicabile alle materie commerciali. Come diceva Bérenger al consiglio di stato (7), accade assai spesso in commercio che si vendano per mezzo di sensale delle mercanzie, delle quali non si è proprietarii. Grenier istesso, oratore del tribunato, faceva osserva-

(1) Locré, t. 7, p. 109.

(2) Ved. sulla buona fede, n. 235.

(3) Berlier, disc. al consiglio di stato. (Locré, t. 7, p. 32).

(4) Com. sulla legge 27, Dig., *De cont. empt.* Ma se il compratore, sebbene conscio dell'essere la cosa altrui, ha stipulata la garanzia in caso di evizione, avrà dritto al risarcimento dei danni ed interessi. *Infra*, n. 468 a 469.

(5) Locré, t. 7, p. 32.

(6) Ved. anche Ducaurroy, *Inst. expliq.*, n. 1045.

(7) Locré, t. 7, p. 32, Ediz. Tarlier.

re, che la disposizione dell'art. 1599, *non deve applicarsi agli oggetti che sono materia delle transazioni commerciali, e che è in facoltà e nell' intenzione del venditore di procurarsi* (1).

Infatti, lo scopo del commercio è quello di porre la mercanzia in circolazione; la cosa altrui vi è sempre venale, e si seconda l'attività delle transazioni, e si soccorre al proprietario negoziante col dar forza a contrattazioni, le quali favoriscono lo smercio di ciò che trovasi nei magazzini. D'altronde chi vende delle mercanzie le quali appartengono ad un altro negoziante, si presume essersi incaricato di comprarle per farne la consegna (2).

Ma torniamo alla vendita della cosa altrui in materia civile.

233. Vi è vendita della cosa altrui ogniqualvolta si aliena una cosa di cui non si ha la proprietà.

Perciò, chi essendo comproprietario di una cosa, vende non solo la sua porzione, ma anche quella del suo condomino, aliena rapporto a questa seconda porzione la cosa altrui (3). Perciò, quegli che in assenza del vero erede si esibisce per erede, e vende una cosa ereditaria, vende la cosa altrui (4).

Quindi, chi vende la nuda proprietà di una cosa della quale ha il solo usufrutto, vende la cosa altrui.

Ma non è una vendita della cosa altrui, quando si vende un oggetto che si possiede a titolo resolubile, sia la resoluzione certa, sia condizionale.

Così chi vende i beni ricevuti in anticipazione di successione, dispone della cosa propria e non dell'altrui (5).

Così vendendo un immobile vincolato da un fidecommesso, non si vende la cosa altrui (6).

234. Può vendersi sotto condizione, una cosa della quale non si è attualmente proprietario, ma sopra cui si ha un dritto sospeso da condizione (7). Ciò non è vendere la cosa altrui.

Può egualmente vendersi del grano o del vino che non si ha, purchè non si precisi che è il vino appartenente a tal persona. Perchè, come dice ottimamente Duranton (8), quello che consiste *in genere*, non appartiene ad alcuno.

Si può ancora vendere la cosa altrui, guarentendo la ratifica del proprietario (9).

235. L' effetto della nullità della vendita della cosa altrui è di ostare alla traslazione della proprietà nel compratore, di obbligarlo a rendere la cosa al vero proprietario, ed attribuire a questi un dritto di rivendicazione (10).

Ma il compratore di buona fede fa suoi i frutti che ha percetti e consumati prima di essere molestato dal vero proprietario?

L'affermativa è decisa dal § 35 delle Inst. al tit. *De rer. divisione* (11), e fu adottata dagli art. 549, 550 del codice civile. E ciò, perchè i frutti si conce-

(1) Locré, t. 7, p. 109, Ediz. Tarlier.

(2) Pardessus, t. 2, p. 287.

(3) Voet, ad Pand., *De legatis*, n. 28. Répert., V *Vente*, p. 477.

(4) Ved. il mio comento sulle Ipoteche, n. 468, e *infra*, n. 960.

(5) Decisione di cassazione del 25 Aprile 1831. (Dalloz, 32, 1, 54).

(6) *Supra*, n. 212.

(7) Ved. il mio com. sulle Ipot., n. 468, *ter*. e seg. *Infra*, n. 741, discuto una quistione congenere.

(8) Duranton, t. 16, n. 181, (t. 9, Ed. Tarlier).

(9) Art. 1120 del codice civile. Duranton, *loc. cit.*

(10) L. 28, Dig., *De cont. empt.*

(11) Cujac., sulle legge 27, Dig., *De cont. empt.* Ducaurroy, *Inst. expliq.*, n. 296, art. 138 del cod. civ.

dono qui, non al dritto di proprietà, ma al possessore di buona fede (1).

Il titolo in virtù del quale si vende la cosa altrui, può servire anche di base alla prescrizione, se l'acquirente è in buona fede (2), ed è sempre in buona fede, se ignora il vizio del suo contratto (art. 550 del codice civile). « Bonæ fidei emptor est, dice « Cujacio (3), qui existimat rem esse « vendentis, aut eum a quo emit posse « vendere et emit quomodo debuit.... « *eum videri posse esse bonæ fidei* « *emptorem qui non justis rationibus* « *existimat quod existimare debuit*, « *sed cum sine calliditate et dolo id* « *existimet.* »

Pothier va ancora più lungi. Egli opina che il compratore della cosa altrui che è sulla via della prescrizione, e che perde il possesso della cosa, ha l'azione chiamata in dritto Romano *actio publiciana*, stabilita a guisa dell'azione vendicatoria, per ottenere di esser rimesso in possesso della cosa detenuta da un possessore il di cui titolo è meno colorito del suo (4).

E Delvincourt e Duranton (5), sono d'opinione che il codice civile non si opponga all'esercizio di quest'azione petitoria.

Quindi, Paolo mi vende un immobile di cui non è proprietario. Io compro in buona fede, e nell'ignoranza del vizio da cui la cosa è affetta. Se prima di aver prescritto il dritto di proprietà, perdo il possesso per una causa qualunque, il terzo che se ne è impadronito senza titolo, o in virtù di un titolo meno valido del mio, dovrà essere da me evitto con l'azione vendicatoria che eserciterò contro di lui. Veramente è un principio, che l'attore deve provare il suo dritto di proprietà; ma non è precisamente necessario che il titolo da lui prodotto sia valido. Basta che l'attore abbia un giusto motivo di crederlo buono. L'opinione di un giusto titolo, sebbene erronea, equivale al titolo, e basta per giustificare il reclamo.

Credo che i principii del codice sulla vendita della cosa altrui, non possono abbattere queste opinioni, che sono basate sopra idee prese da un ordine di cose affatto differenti, cioè: 1° sull'equità, la quale non vuole che si privi ingiustamente della facoltà di prescrivere chi era in via per giungere; 2° sulla forza inerente ad ogni titolo, che ha in suo favore l'apparenza della validità. La sottigliezza del dritto non arriva fino ad esigere, che l'attore in rivendicazione stabilisca la filiazione della proprietà fino dagli autori suoi più remoti, e giustifichi che erano tutti legittimi proprietarii. Tutto dipende dalle circostanze. Quando l'attore in rivendicazione non ha a fronte che un usurpatore senza titolo, senza qualità, senza apparenza di dritto, gli basta di esibire un giusto titolo, il quale dia nascita ad un possesso tale da servir di base alla prescrizione. Nel solo caso in cui il convenuto risponda a questo titolo con dei titoli più forti, sarà d'uopo rimontare all'esame del dritto dei precedenti proprietarii.

In tal modo adunque, la vendita

(1) La teoria dell'attribuzione dei frutti, è assai complicata nel dritto Romano. Vedasene una spiegazione molto plausibile in Ducaurroy *loc. cit.*

(2) Cujac., *loc. cit.*, art. 2265 e seg. del cod. civ. Duranton, t. 16, n. 176.

(3) *Loc. cit.*

(4) *Proprietà*, n. 292.

(5) T. 16, (Ediz. Tarlier, t. 9), n. 21, t. 4, (Ed. Tarlier, t. 2), n. 233.

della cosa altrui, oggi, come presso i Romani, e nell'antica giurisprudenza, dà al compratore il dritto di esercitare l'azione publiciana (1).

Ma guardiamoci dall' abusare di questa regola. Non dovremo applicarla che quando il compratore sarà di buona fede, ed avrà l'opinione del suo giusto titolo, e quando il possessore sarà senza titolo, o avrà un titolo più vizioso di quello dell' attore.

Ma se il convenuto producesse dal canto suo un contratto d' acquisto, che fosse un giusto titolo, di guisa tale che vi fosse eguaglianza di dritto tra le parti, si dovrebbe decidere a pro del possessore. IN PARI CAUSA *melior est causa possidentis* (2).

Per esempio, io compro la vigna dell' Olmetto da Giacomo, che non ne è proprietario, ma io vedo in lui il legittimo padrone. Il mio contratto è del 12 Marzo 1832.

Più tardi, un altro individuo che si pretende, ma a torto, proprietario di quell' immobile, lo vende a Francesco, mediante contratto del 15 Agosto 1833; poi questi se ne mette in possesso. Secondo Ulpiano, ciò che deve decidere tra noi è l' epoca del possesso, e Francesco mi sarà preferito. *Si a diversis* NON DOMINIS *emerint*, *melior causa possidentis* (3).

Ma supponiamo che il convenuto ed io, abbiamo comprato dal medesimo proprietario. Il suo titolo posteriore al mio ha un vizio di più, giacchè il venditore non poteva vendergli ciò che mi aveva alienato; io potrò dunque agire contro di lui coll' azione vendicatoria per ricuperare il possesso da me perduto, e gli sarò preferito malgrado il suo possesso attuale. Riguardo a lui, io sono il vero proprietario; il suo dritto è inferiore al mio (4).

236. Tutto non è dunque radicalmente inefficace nella vendita della cosa altrui.

Dobbiamo anzi decidere, che se prima che venga dimandata la nullità della vendita, la proprietà si consolida nel venditore, sia per compra della cosa, sia per averla ereditata dal vero proprietario, la vendita è resa valida. La ragione e l' equità, in ciò conformi ai testi più positivi, conducono inevitabilmente a questo risultato. Chi mai potrebbe lamentarsi? Forse il compratore? Ma la causa della turbativa è sparita. Egli non ha altro avversario possibile che il suo venditore, il quale è precisamente tenuto a garantirlo, a mantenerlo in possesso, ed ha tutti i mezzi di assicurare l' esecuzione del contratto. I reclami del compratore sarebbero dunque senza oggetto. Egli chiederebbe, senza ragione, una nullità che non è d'ordine pubblico, e la causa della quale è sparita. Il venditore forse argomenterebbe dal vizio originario della vendita? Ma esso non può essere ammesso a distruggere il proprio suo fatto; come garante sarebbe rigettata la sua azione, la quale tenderebbe all' evizione di quegli che è in obbligo di di-

(1) Ved. il titolo del D., *De publiciana in rem actione*, ed il comento di Brunemanno e di Voet, i quali dicono che nel dritto moderno quest' azione si confonde con l' azione vendicatoria.

(2) Ulp., l. 9, § 4, *De public. act.* Pothier, *Proprietà*, n. 294 e 327.

(3) Legge precitata, e Pothier.

(4) Ulpiano voleva che in questo caso si avesse riguardo alla data della tradiziona, e non al possesso attuale, come decidevano i Proculejani, l. 9, § 4, D., *De public. in rem act.* L. 31, § fin., D., *De act. empt.* Oggi bisogna considerare la data dei titoli, perchè secondo i nostri principii, la tradizione nulla aggiunge alla vendita.

fendere. D' altronde, è evidente che accettando l' avvenimento, il quale consolida la proprietà nella sua persona, ratifica gli atti dei quali è stata nelle sue mani l' oggetto. Sotto una legislazione così equa com' è la nostra, non si può approvare il rigore e la sottigliezza catoniana, che vorrebbero spingere la nullità proferita nel nostro articolo fino al punto di farla sopravvivere alla distruzione della causa di cui fosse il prodotto. Questa esagerazione distruggerebbe la buona fede, e la stabilità dei contratti (1).

La vendita si rende egualmente valida, se il vero proprietario diventa *ex post facto* erede del venditore, e nel mio comento sulle Ipoteche (2), si troveranno le prove solide di questa proposizione (3). Così l'acquirente conserverà la cosa senza temere una evizione, ovvero se non ha avuto il possesso, potrà esigere dall' erede che gli faccia la tradizione.

Se il venditore, essendo divenuto proprietario per un mezzo legale, vende ad un terzo l' immobile che aveva già alienato ad un primo acquirente ad un' epoca in cui non era investito del dominio della cosa, questo primo acquirente verrà preferito al secondo. La consolidazione della proprietà nel venditore ha sanato di dritto il vizio originario della vendita. L'acquirente primo per la data, è divenuto acquirente incommutabile. La vendita che il suo autore ha fatta in seguito ad un nuovo acquirente, è un atto che non può essergli opposto, in virtù della regola: *Nemo in alium transferre potest jus quod ipse non habet* (4).

237. La vendita della cosa altrui può anche ratificarsi; perchè non è talmente nulla da non poter servire di base ad una ratifica (5). Citiamo una decisione della corte di Riom, che giudica tale quistione di dritto in un caso rimarchevole (6).

Amblard vende nel 1808 a Desribes una casa appartenente a sua moglie a titolo parafernale. Il 28 Giugno 1822, la moglie di Amblard ratifica questa vendita, volendo che produca il medesimo effetto come se fosse stata da lei consentita. Ma Desribes rigetta questa ratifica, e chiede la nullità della vendita, basandosi sull' art. 1599 del codice civile.

La sua pretensione, accolta dai primi giudici, fu rigettata dalla corte regia, la quale stimò che egli non poteva ricusare una ratifica fatta nel suo interesse, per consolidare l'acquisto, e renderne il titolo inattaccabile.

Tal decisione è giusta. Desribes non avrebbe potuto dedurre la man-

(1) Ved. il mio comento sulle Ipot., n. 251 e seg. *Infra*, n. 615. Così pensa anche Duranton, t. 16, (Ed. Tarlier t. 9), n. 179. Veggo però, che questa proposizione è combattuta nel giornale mensuale di Dalloz. Ma per sostenere il suo sistema, l' autore è costretto di giungere a dire, che l' argomento tratto dalla massima *quem de evictione*, etc. non può avere qualche valore, che sotto il *dritto sottile dei Romani*. Rispondo che questa massima appartiene a tutti i tempi e a tutti i luoghi, e che il dritto Francese è troppo equo per non adottarla. Aggiungo che il rimprovero di sottigliezza fatto al dritto Romano è qui privo di base, in specie per parte di un' opinione che sottilizza sopra i termini dell' articolo 1599, per deciderne una nullità di rigore.

(2) T. 2, n. 527.

(3) Toullier, t. 6, (Ediz. Tarlier, t. 3), n. 137, riproduce qui una distinzione del presidente Fabro da me confutata *loc. cit.*

(4) Ved. il mio comento sulle Ipot., n. 522. Esso contiene le citazioni delle autorità con le quali si scioglie questo punto di dritto.

(5) Cassaz. 23 Gennajo 1832 (Dal., 32, 1, 377). Torino 17 Aprile 1811. (Dal., *Vente*, n. 3). Delvincourt, t. 3, p. 132, note.

(6) 12 Gennajo 1827 (Dall., 29, 2, 65). *Infra*, n. 615.

canza di consenso della moglie, se non che quando la sua azione di nullità avesse precednto la manifestazione della volontà di quest'ultima. Ma all'istante in cui nacque la sua reluttanza, vi era già stato concorso delle tre volontà del marito, della moglie e dell'acquirente. Questi aveva preso e tenuto il possesso; il suo pentimento era dunque tardivo.

Se il consenso del vero proprietario viene a sanare la vendita dal vizio di cui era infetta, la sua ratifica non produce effetto retroattivo. La vendita non sussiste, riguardo ai terzi, che dal giorno in cui la sua volontà è venuta ad aggiungersi al contratto che ne era mancante; perchè invero, la vendita non esiste che da questo momento. Quindi, per esempio, se il vero proprietario vende la cosa avanti di ratificare l'alienazione che ne è stata fatta *a non domino*, il suo acquirente mi sarà preferito. Perocchè la retroattività sarebbe qui una vera finzione, ed ognun sa, che le finzioni non debbono togliere ai terzi i dritti quesiti (1).

238. Vediamo a vantaggio di chi si concede l'azione di nullità della vendita della cosa altrui.

Rapporto all'acquirente, non vi è dubbio (2). La disposizione dell'articolo 1599 è stata fatta in suo favore. Non si è voluto che, siccome nell'antica giurisprudenza, egli rimanesse nello stato d'incertezza e di timore, in cui deve tenerlo il dritto di un terzo sulla cosa comprata. Il legislatore ha creduto giusto di permettergli di prender l'iniziativa, onde sciogliersi dai vincoli di un'obbligazione, che presto o tardi deve avere per resultato un'evizione.

Riguardo al proprietario, del quale sono stati usurpati i dritti, non può dirsi che l'azione di nullità è accordata in suo favore. Perocchè, come dirò nel numero seguente, egli non ha neppure bisogno di quest'azione. Il contratto per lui è *res inter alios acta*. Non può essergli opposto; e a fronte di lui cade *ipso jure*.

Quanto al venditore, non ammetto che possa mai prevalersi della disposizione dell'articolo 1599 contro il compratore, e non parlerei neppure della sua inammissibilità sotto tal rapporto, se la corte di cassazione nella decisione 23 Gennajo 1832 (3), non avesse seriamente discusso la quistione del termine necessario a prescrivere l'azione di nullità del venditore contro il compratore; lo che è ammettere implicitamente, che il primo ha un'azione fondata sull'articolo 1599!! Ma questo punto di partenza della corte di cassazione è intieramente falso. Per natura stessa del contratto di vendita, il venditore deve fare tutti i suoi sforzi per ottenere la cessazione delle molestie, o della causa dell'evizione. Egli non può insorgere contro il proprio fatto, e criticarlo per inquietare quegli che è in dovere di garantire. La disposizione dell'articolo 1599 è dunque fatta più contro di lui, che pel suo interesse. Supponiamo che il compratore evitto da un terzo, promuova l'azione di garanzia contro il venditore; questi dunque po-

(1) Anche questo principio si trova corroborato da tutte le sue prove nelle mie Ipoteche, n. 495 e seg. Tiraq., *De retract. gentil.*, gloss. 10, § 1, n. 69 e seg. Mainardo, t. 2, lib. VII, c. 33. Pothier, *Orléans*, t. 20, n. 24, e Retratti, n. 123, 124.

(2) *Infra*, n. 613. Duranton, t. 10, (Ediz. Tar., t. 6) n. 437, e t. 16, (t. 8), n. 178.

(3) Dall., 32, 2, 377.

trà, stringendo gli argomenti che emergono dal sistema della corte di cassazione, opporre che la vendita è nulla, che niente vi è di fatto, e che in conseguenza non si può esercitare contro di lui alcun'azione *ex empto* !!! Ma che diverrà allora la disposizione finale del nostro articolo, e l'art. 1630 del codice civile?

239. L'azione di nullità della vendita della cosa altrui, si prescrive in dieci anni, in conformità dell'articolo 1304 del codice civile?

Occorre distinguere. O è l'acquirente, che conoscendo di essere stato ingannato, e che l'oggetto trasmessogli dal venditore è soggetto ad evizione, chiede la nullità della vendita, come ne ha il dritto (1), o è il vero proprietario, il quale muove querela dell'essersi disposto della cosa sua senza il suo consenso.

Nel primo caso, l'azione è prescrivibile in dieci anni; perchè l'articolo 1304 è generale, e non ammette distinzione ogniqualvolta si tratta di una nullità suscettibile di esser sanata. Si applica a tutti quelli che sono stati parte, o rappresentanti in un atto infetto da nullità (2). Ciò si inferisce da una decisione della corte di cassazione del 23 Gennajo 1832 (3), in un caso in cui la de La Roche attaccava, dopo dieci anni, come vendita della cosa altrui, una vendita fatta da lei stessa. La corte di cassazione dichiarò la sua dimanda inammissibile.

Questa decisione raziocina, a dir vero, nell'ipotesi che la nullità sia dimandata dal venditore, e noi abbiamo detto nel numero precedente, che la corte di cassazione, senza esaminare la quistione di prescrizione, avrebbe dovuto dichiarare la dimanda non ammissibile per mancanza d'interesse. Ma la soluzione può essere di scorta, quando l'azione di nullità è intentata dal compratore. Compiti dieci anni, questi si trova nella posizione in cui lo confinava l'antica giurisprudenza; escluso dalla prescrizione, non può più prendere l'iniziativa contro il venditore, e deve attendere la sua evizione per promuovere l'azione di garanzia, a forma dell'art. 1630 del codice civile.

Nel secondo caso, l'art. 1304 non è applicabile. Il vero proprietario non chiede la nullità del contratto fatto *a non domino*. Non ne ha bisogno; per lui è *res inter alios acta* (4). La sua è un'azione vendicatoria che si basa sul dritto di proprietà rimasto intatto presso di lui, malgrado tuttociò che è stato fatto per violarlo, mentre che l'azione data dall'art. 1304 è un'azione personale tendente a distruggere il vincolo personale prodotto dal contratto. Il vero proprietario non perde dunque il suo dritto, che per la prescrizione di dieci, venti o trent'anni, secondo le circostanze (5).

240. Prima della Carta, l'articolo 94 della legge 22 Frimajo anno VIII, permetteva allo stato di comprendere la cosa altrui in una vendita di beni nazionali. Il terzo espropriato aveva solo un'azione contro l'erario pubblico per essere indennizzato (6).

Ma la corte di cassazione ha giu-

(1) *Infra*, n. 613.

(2) Toullier, t. 7, (Ediz. Tarlier, t. 4) n. 597, 598, 604.

(3) Dall., 32, 1, 377.

(4) Toullier, n. 604.

(5) Grenier, Ipoteche, l. 1, n. 48. Duranton, l. 12, n. 544, 550.

(6) Dall., 25, 1, 352.

dicato che dopo la Carta, l'inviolabilità delle proprietà particolari essendo stata consacrata, nulla vi era più di irrevocabile nella vendita della cosa altrui fatta dallo stato; che tal vendita era nulla, fuorchè se avesse per causa l' utilità pubblica legalmente comprovata (1).

241. Dopo parlato della vendita della cosa altrui, siamo naturalmente condotti ad occuparci della vendita di una cosa rubata. E prima deve stabilirsi qual posizione respettivamente prendano il venditore e il compratore.

Sul primo punto, il giureconsulto Paolo distingueva nel modo seguente.

Se il venditore ed il compratore conoscono l' origine furtiva della cosa, non vi è obbligazione da alcuna parte. *A neutra parte obligatio contrahitur* (Arg. dell' art. 1599)

Se il compratore è il solo che ne sia istruito, il venditore non contrae obbligazione; non è tenuto a consegnare la cosa, nè a garantirla se l' ha consegnata. Il compratore non può ripetere ciò che ha pagato. « Emptor « solutum repetere non potest, et sic « emptor agendo ex contractu nihil « consequetur. » Così dice Brunemanno (2). Quanto al venditore, può costringere il compratore ad eseguire le sue promesse; ma in allora, bisogna che faccia la tradizione della cosa, e dal canto suo sodisfi al contratto.

Se il venditore sa che la cosa è stata rubata, ed il compratore l' ignora, il venditore può esser costretto a purgare questa cosa dal vizio che l' infetta, ovvero può esser condannato alla refezione dei danni ed interessi (3). (Arg. dell' art. 1599)

Queste distinzioni sono conformi alla ragione ed allo spirito del codice civile, e debbono essere osservate.

242. Ma quale sarà la posizione del compratore di fronte al proprietario?

Gli art. 2279 e 2280 del codice civile, la definiscono chiaramente?

Chi ha perduto, o a cui è stata rubata una cosa, può rivendicarla nello spazio di tre anni, decorrendi dal giorno della perdita o del furto, contro chi la possiede, salvo a questo il regresso contro la persona da cui l' ebbe. La rivendicazione si esercita sempre, sia il compratore stato complice e ricettatore del furto, o sia stato in buona fede. In un caso o nell' altro, il proprietario non è tenuto a rendere il prezzo al compratore (4).

Ma se il compratore ha comprato in una fiera, in un mercato pubblico, o da un mercante venditore di simili cose, il proprietario originario non può inquietare il possessore della cosa rubata o perduta, se non che rimborsandolo del prezzo da lui pagato.

Il parlamento di Parigi giudicò con decisione del 6 Aprile 1781, che quegli che aveva comprato in buona fede dell' olio da un vetturale infedele, il quale se l' era appropriato in pregiudizio del committente, e che per venderlo aveva preso un nome falso, non doveva essere esposto a veruna ricerca per parte del proprietario (5). Questa decisione si concilia benissimo con

(1) Decisione 26 Dicembre 1825 (Dal., 26, 1, 86).

(2) Sulla legge 34, § 3, Dig., *De cont. empt.*

(3) L. 34, § 3, Dig., *De cont. empt.* Voet, n. 16. Brunemanno, sopra questa legge, p. 700.

(4) Répert., V *Vol*, p. 824. Merlin cita alcune decisioni antiche che hanno servito di modello agli articoli 2279 e 2280 del codice civile. Ved. anche Brillon, *Achat de chose volée.* Bardet, t. 1, lib. I, c. 15. Queste decisioni stesse erano basate sulle leggi Romane. Cujac., sulla leg. 28, D., *De cont. empt.*, e Delaurière, sopra Loisel, lib. III, t. 4, n. 3.

(5) Merlin, Répert, *loc. cit.*

l' art. 2280 del codice civile, perchè il compratore aveva avuto giusto motivo di credere che il venditore fosse un mercante di professione.

Ma in un caso nel quale resultava dalle circostanze che il compratore aveva saputo il vetturale non essere proprietario, ed essere sospetto di furto, la corte regia di Colmar si pronunziò per la rivendicazione, con decisione del 27 Maggio 1809 (1).

243. È da stabilirsi la posizione del venditore riguardo al proprietario.

Quando il venditore ha saputo che la cosa apparteneva ad altri, se è mobile, ha commesso un furto; è tenuto a restituire la cosa o il di lei valore, in forza dell'azione chiamata *condictio furtiva* (2). Può essere anche condannato ai danni ed interessi.

Vi è di più; se avesse venduto la cosa per un prezzo molto vantaggioso e superiore al suo valore intrinseco, potrebbe esser costretto a restituire l' intiero prezzo. *Fraus sua nemini opitulari debet* (3).

Si giunge ai medesimi risultati nel caso in cui scientemente si è venduto un immobile altrui (4). Solamente non può dirsi che vi sia stato furto.

Si deve anzi aggiungere, che in ambedue le ipotesi, il proprietario ha la scelta tra l' azione vendicatoria della cosa medesima, e l' azione contro il venditore per conseguire il valore o il prezzo dell' immobile.

Supponiamo ora che il venditore sia in buona fede.

Affricano e Giuliano saviamente decidono (5), che se la cosa è perita in mano del terzo detentore, il venditore deve restituire al proprietario il prezzo od il valore che ne ha ricavato. Lo che è fondato sopra una gran regola di equità naturale, che niuno deve arricchirsi a danno altrui.

Tuttavia questa decisione deve adottarsi con un giusto temperamento, e limitarsi al caso in cui la cosa fosse pervenuta nelle mani del venditore di buona fede a titolo gratuito. Perchè, se avesse pagato una somma per procacciarsela, se l'avesse comprata, credendo che la vendesse il suo vero padrone, non si potrebbe più dire che il prezzo da lui ricavatone col rivenderla, fosse per lui un lucro fatto a danno altrui. Non avrebbe fatto che ricuperare da una mano ciò che avesse sborsato dall' altra; d' onde consegue, che se la cosa fosse perita, il proprietario non avrebbe azione contro di lui. Tuttociò che si potrebbe dire si è, che se il venditore avesse retroceduto per un prezzo maggiore di quello del suo acquisto, sarebbe tenuto dell' eccedente (6).

244. Ho parlato nel mio comento sulle Ipoteche (7), del dritto di rivendicazione concesso al locatore sopra i mobili spettanti al suo conduttore, e traslocati mediante vendita senza il suo consenso.

(1) Dalloz, *Vente*, p. 862, nota 1.
(2) Pothier, *Vente*, n. 274.
(3) *Ibid.*, n. 272.
(4) *Ibid.*, n. 273.
(5) L. 23, *De rebus creditis*.
(6) Pothier, *loc. cit.*, n. 276.
(7) T. 1, n. 162.

ARTICOLO 1600.

Non si possono vendere i dritti di successione di una persona vivente, ancorchè questa vi acconsentisse.

SOMMARIO.

245. Non si possono vendere i dritti di successione di una persona vivente. Origine di questa disposizione. Ragioni insufficienti che ne danno i giureconsulti Pomponio e Paolo. Vero motivo.
246. La proibizione del nostro articolo, si estende alla vendita di una universalità, ed anche alla vendita di un dritto particolare derivante da una successione. Critica di una decisione della corte di cassazione.
247. Non deve confondersi la vendita di una successione futura, con la vendita della cosa altrui. Regola per distinguerle. La vendita di una successione futura è contraria all'ordine pubblico ed ai buoni costumi.
248. Errore di Dalloz, il quale crede che la vendita di una successione futura non dia luogo ad una refezione di danni ed interessi. Testi delle leggi Romane. Autorità di Cujacio.
249. Della durata dell'azione di nullità proveniente dalla vendita dei dritti di una successione futura. Dissenso con Toullier.
250. Non deve confondersi la vendita dei dritti di successione non nati, con la vendita di un credito sottomesso alla condizione della premorienza del debitore.
251. Di una vendita che contiene vendita di dritti di successione, quesiti e non quesiti.

COMENTO.

245. Questa disposizione è tratta dalle leggi Romane. « *Si hæreditas vænierit*, dice Pomponio, *ejus qui vivit, nihil esse acti, quia in rerum natura non sit quod vænierit* (1). »

« *Quum hæreditatem aliquis vendidit*, aggiunge il giureconsulto Paolo (2), *esse debet hæreditas ut sit emptio. Nec enim alea emitur ut in venditione et similibus, sed res, quæ si non est, non contrahitur emptio, et ideo pretium condicetur.* »

La ragione data da Pomponio e Paolo, è che non si può vendere ciò che non esiste; ma questa ragione è in sè stessa insufficiente, perchè può vendersi una cosa futura, come l'abbiamo detto di sopra (3). Un motivo più serio e più decisivo, è l'immoralità di tutti i patti sulla successione di un vivente; e l'indecenza che si commette speculando sulla morte di quegli del quale si attendono le spoglie (4). Una vendita dei dritti di futura successione ha dunque una causa illecita; è contraria ai buoni costumi, e siccome le convenzioni dei particolari non possono derogare alle disposizioni d'ordine pubblico, il consenso della persona vivente non può renderla valida (5).

246. Perchè vi sia vendita di una successione futura, e cessione illecita di dritti ereditarj non ancora nati, non è necessario che si sia stipulato sull'*universalità*, o almeno sopra *parte aliquota* della successione. Basta

(1) L. 1, D., *De hæredit. vel act. vendita.*
(2) L. 7, Dig., d. tit.
(3) N. 203.
(4) L. 15 e 19, C. *De pactis.* Portalis ha espresso questa idea in stile declamatorio nella sua Esposizione dei motivi. (Locré, t. 7, p. 73, Ediz. Tar.) Art. 791, codice civile.
(5) Pothier, *Vente*, n. 527. Despeisses, t. 8, n. 5. Toullier, t. 6 (Ediz. Tarlier, t. 5) n. 115, 116, 117. Duranton, t. 10, (Ed. Tar., t. 6), n. 310, 311.

che la causa del contratto sia una cosa anche individua, anche precisa, alla quale non si ha dritto, fuorchè in qualità di erede presuntivo. La corte di cassazione ha non pertanto sembrato credere il contrario in una decisione del 23 Gennajo 1832 (1). Ma l'articolo 1600 del codice civile combinato con l'art. 790 del medesimo codice, dimostra la falsità di quest' opinione. Se il primo parla di *successione* in generale, il secondo più ristretto e più limitato, include nella proibizione qualunque cessione di *dritti eventuali che si hanno ad una successione*. L'accordo di queste disposizioni percuote adunque tanto la vendita di un dritto particolare eventuale, quanto la vendita di una nniversalità. Se fosse altrimenti, nulla sarebbe più facile di eludere la disposizione della legge; si venderebbero separatamente le cose della successione, e quando si fosse partitamente esaurito il totale dell' eredità, si eluderebbe la nullità d' ordine pubblico proferita dal nostro articolo, e si occuperebbe la posizione favorevole ove noi andiamo a dimostrare nel numero seguente, che il venditore dei dritti di una successione futura mai può rifugiarsi.

247. Talvolta delle apparenze ingannatrici hanno fatto confondere la vendita della cosa altrui, con la vendita di una successione futura. È d'uopo applicarsi a discernere i caratteri che le distinguono. Qualunque vendita di una successione futura, contiene necessariamente in sè nna vendita della cosa altrui; ma la reciprocità non ha luogo. La vendita della cosa altrui è il genere; la vendita di una successione non aperta è la specie, ma una specie circondata da circostanze aggravanti; il carattere d'immoralità che la deturpa, ne fa una classe distintà; la pone in lotta coll' ordine pubblico, mentre che in sè stessa la vendita della cosa altrui non è in opposizione che col dritto civile.

Perciò, se dei figli creditori ipotecarii del padre loro, vendono all'amichevole per evitare le spese l'immobile che è a loro obbligato, questa sarà una vendita della cosa altrui, ma non la vendita di un dritto di successione; perchè la qualità di creditore domina quella di erede presuntivo; essa sola è stata la motrice dell' atto, mentre che quella d' erede non è stata presa in considerazione, e potrebbe esser cancellata senza nulla cambiare nella posizione delle parti (2).

Questa distinzione è importante a farsi; perchè la vendita della cosa altrui è suscettibile di ratifica, come si è detto altrove (3); può essere consolidata *ex post facto*, se il venditore diviene proprietario (4).

Ma nella vendita di una cosa spettante ad una successione futura, nulla di tutto questo è possibile. L'ordine pubblico milita incessantemente contro un simile contratto, e lo dichiara infetto di nna nullità radicale.

248. Dalloz, giustamente impressionato da questa differenza essenziale, ne ha dedotto altre conseguenze che non possiamo adottare.

Egli pretende, che la vendita di nna cosa pertinente ad una successione non aperta, non può mai occasionare una refezione di danni ed interessi a vantaggio del compratore di buona fede; perchè la causa illecita

(1) Dall., 32, 1, 377.

(2) Decisione della corte di cass. 23 Gennajo 1832. (Dall., 32, 1, 377)

(3) *Supra*, n. 227.

(4) N. 236.

di una simile convenzione, impedisce che possa venir garantita da veruna obbligazione accessoria; lo che non accade nella vendita della cosa altrui, la quale può originare un' azione di danni ed interessi (1).

Dalloz non riflette che il compratore di buona fede non ha bisogno di chiedere al contratto di vendita l'azione diretta alla riparazione del danno che gli ha cagionato la frode del venditore. Egli può attingere quest'azione nell' art. 1382 del codice civile, ed allora la nullità istessa della vendita sarà la base della sua dimanda. Ulpiano ci somministra un testo positivo in appoggio di questa decisione. Una cosa sacra è venduta ad un compratore di buona fede, come cosa che si trova in commercio. La vendita è nulla; ma il compratore sarà privo di azione per farsi indennizzare del danno sofferto? Nò senza dubbio. Avrà l'azione *in factum*, ad imitazione dell' azione *ex empto* (2), e Cujacio ha fatto energicamente rilevare il motivo di questa decisione. « Respondeo, egli dice, ju« risconsultum considerasse *emptio« nem non esse perfectam* ut res ac« quiri possit emptori. Itaque dixit « tantum competere actionem *in fa« ctum* (3). » Quindi, in difetto dell' azione *ex empto*, che manca perchè non vi è vendita, il compratore ricorrerà all' azione *in factum*, concessa dalla legge per far riparare ogni danno che dà nascita ad un' azione che non aveva nome. « Nonnunquam, di« ce Papiniano (4), evenit ut, cessan« tibus judiciis proditis et vulgaribus « actionibus, quum proprium nomen « invenire non possemus, facile de« scendamus ad eas, quæ IN FACTUM « appellantur. »

Per la stessa ragione, il compratore di buona fede può stipulare che chi gli vende a sua insaputa una cosa faciente parte di una successione futura, gli pagherà, in caso d' inadempimento del contratto, dei danni e interessi. Questa stipulazione autorizzata dall' art. 1152 del codice civile, dev' essere rispettata dai tribunali; perchè è la valutazione anticipata e determinata di danni ed interessi, aventi una causa legittima. Così giudicò la corte di cassazione, con decisione del 17 Marzo 1825 (5). Per ispiegare questa decisione, non occorre ricorrere all' interpetrazione erronea di Dalloz, il quale converte la stipulazione in una vendita della cosa altrui. La buona fede del compratore basta a tutto; essa è il vero fondamento di quest' opinione giuridica.

249. L'azione di nullità della vendita dei beni ereditarii, fatta prima dell' apertura della successione, si prescrive col decorso di dieci anni, determinato dall' art. 1304 del codice civile (6)?

La corte di Bordeaux pronunziò la negativa con decisione 20 Agosto 1828 (7), mentre si tratta di una nullità assoluta, generata da causa illecita.

Ma Toullier vuole che ci dobbiamo attenere alla disposizione dell' articolo 1304 che è generale, e che ab-

(1) V *Obligation*, p. 461, n. 9 e nota, al vol. 25, 1, p. 205.

(2) L. 8, § 1, D., *De relig. et impensis funer.*

(3) Sulla leggi 4, 5 e 6, Dig., *De cont. empt.*

(4) L. 1, Dig., *De præscript. verbis.*

(5) Dall., 25, 1, 205.

(6) Prima del cod. civile, abbisognavano trent' anni. Decisione di Montpellier 3 Giugno 1830 (Dall., 31, 2, 31).

(7) Dall., 32, 1, 377. Questa decisione fu cassata, ma per altri motivi.

bracciando TUTTI I CASI, come porta il testo medesimo, non colloca in una classe separata nè le nullità assolute, nè quelle che derivano da una causa contraria ai buoni costumi (1).

Io credo doversi preferire la decisione della corte di Bordeaux. Essa si corrobora con la dottrina presentata da Duranton sopra questa importante quistione, e che mi sembra intieramente sodisfaciente (2).

L'art. 1304 non è applicabile se non che quando si tratta di un atto annullabile o rescindibile a causa di un vizio sanabile. Allora l'azione di nullità o della rescissione dura dieci anni. Ma se una convenzione è contraria ai buoni costumi, se è fondata sopra una causa che vulnera l'ordine pubblico, non si può ammettere che il lasso di dieci anni la renda inattaccabile. Essa non potrebbe ratificarsi con un atto espresso. Come mai il silenzio delle parti produrrebbe maggior effetto?

Tale era l'idea che Jaubert esprimeva nel suo rapporto al tribunato.

« Allorchè si tratta di un'obbliga-
« zione contratta senza oggetto e sen-
« za causa, *o per una causa illecita*,
« è naturale che chi assunse l'obbli-
« gazione non abbia bisogno di ricor-
« rere alla giustizia per farsi liberare,
« o che almeno, *a qualunque epoca sia*
« *pulsato, possa sempre rispondere che*
« *non vi è obbligazione*. Ma quando si
« tratta di un minore, di una donna
« maritata, non sarebb' egli straordi-
« nario che il tempo della restituzio-
« ne non fosse limitato? »

Perciò, vi vendo i dritti della successione di un vivente, e scorsi venti anni mi chiedete l'esecuzione di questa vendita. Vi risponderò che non vi è stata obbligazione, e che il contratto essendo contrario ai buoni costumi, non può produrre alcun effetto.

Lo stesso accade, se il contratto è eseguito, e se ne chiede la nullità (3). Il lasso di dieci anni non produrrà eccezione d'inammissibilità.

Se si dovesse ammettere il sistema di Toullier, bisognerebbe arrivare a dire che il proprietario, la successione del quale è stata l'oggetto di una vendita illecita fatta col suo consenso (4), non ha che dieci anni per sottrarsi a questa convenzione. Perciò, tal consenso, che il nostro articolo rigetta come un artifizio posto in opera per eludere le sue disposizioni, produrrebbe un effetto assai reale, costringerebbe un proprietario a rispettare dopo dieci anni delle alienazioni fraudolenti, che, senza tale circostanza, avrebbe avuto tutto il tempo della prescrizione ordinaria per far rivocare (5)!! Non può esser così. Il consenso dato a quest'atto contrario ai buoni costumi, è impotente a cambiare la posizione delle parti; e siccome uno dei contraenti, il proprietario cioè, ha trent'anni per riacquistare i suoi beni alienati, quantunque abbia interloquito nell'obbligazione, se ne deve concludere, che l'art. 1304 non essendogli applicabile, non deve neppure aver forza rapporto alle altre persone che vi sono intervenute.

250. Non deve confondersi la ven-

(1) Toullier, t. 7, (Ed. Tar., t. 4), n. 599.

(2) Duranton, t. 12, (Ed. Tar., t. 7), n. 523, 524.

(3) Duranton, *loc. cit.*, n. 524. Decisione precitata di Bordeaux.

(4) L'art. 1600 suppone che questo consenso può intervenire.

(5) N. 238, *supra*.

dita di dritti di successione non quesiti con la vendita di un credito soggetto alla condizione della premorienza del debitore; perchè il creditore che all' epoca dell' evento della condizione farà valere i suoi dritti sulla successione, non agirà in qualità di erede, ma in qualità di creditore.

Per esempio, se un marito promette alla moglie nel contratto di matrimonio, un lucro di sopravvivenza, la moglie potrà, in vita del marito, disporne, mediante o cessione o transazione, o in altro modo. Questo non sarà un patto sopra una successione futura; non sarà un uso anticipato ed immorale della qualità di erede; sarà semplicemente un contratto sopra un credito condizionale e disponibile (1).

Lo stesso può dirsi del dritto di riversibilità, qual è quello autorizzato dall' art. 951 del codice civile.

Ma l' ascendente, che durante la vita del donatario contrattasse sull'eventuale riversibilità di un oggetto donato al suo discendente (2), incorrerebbe nella proibizione decretata dal presente articolo; perchè questo dritto di riversibilità legale, è un dritto di successione (3).

251. Vi è una regola fondata sulla ragione: *« utile non vitiatur per inutile. »* Quindi una vendita di dritti di successione quesiti essendo utile e valida in sè medesima, non può in generale essere invalidata dall' avere le parti contemporaneamente contrattato dei dritti di successione futuri.

Ma se la vendita dei dritti di successione quesiti, è talmente connessa alla vendita dei dritti di successione futuri, che queste vendite formino un tutto indivisibile, se costituiscono una sola e medesima operazione, regolata mediante un prezzo unico, devesi decidere che il contratto è nullo per l' intiero. Così fu giudicato con decisione di Limoges 13 Febbrajo 1828 (4).

(1) Così giudicato con decisione di cassazione del 22 Febbrajo 1831 (Dal., 31, 1, 102).
(2) Art. 747 del cod. civ.
(3) Così opina Chabot, art. 747, n. 7.
(4) Dal., 29, 2, 61.

ARTICOLO 1601.

La vendita è nulla, se al tempo del contratto era interamente perita la cosa venduta.

Se ne fosse perita soltanto una parte, il compratore avrà la scelta, o di recedere dal contratto, o di domandare la parte rimasta, facendone determinare il prezzo mediante stima.

SOMMARIO.

252. Se all' epoca della vendita la cosa è perita, la vendita non ha soggetto, non esiste. Il compratore ha trent' anni per ripetere ciò che ha pagato. Motivi per cui l' art. 1304 del codice civile non è qui applicabile. *Quid*, se la cosa è perita soltanto in parte? L' art. 1601 ha rigettato le disposizioni del dritto Romano.

253. Dei danni ed interessi, 1° quando il venditore sapeva la non esistenza della cosa; 2° quando la sapeva il compratore; 3° quando la sapevano ambidue.

254. L' art. 1601 è applicabile se vi è contratto di vendita di due oggetti comprati per non esser separati, uno dei quali perisce.

255. L'art. 1601 è applicabile alle materie commerciali.

COMENTO.

252. Si è detto altrove (1) che non esiste contratto di vendita senza una cosa che ne sia il subietto.

D'onde deriva, che se la cosa che le parti hanno avuto intenzione di vendere e di comprare, è perita senza loro saputa, mentre esse contraggono, la vendita è nulla (2).

Compro una casa, e tanto il venditore, quanto io, ignoriamo che sia stata divorata dalle fiamme. Il contratto non ha base. Le nostre convenzioni non hanno più subietto. L'esistenza del suolo, che è tutto quello che rimane della vendita, non può farla sussistere, perchè la mia intenzione è stata di comprare una casa, e non un sito vuoto (3). Posso dunque farmi rendere il prezzo che ho pagato; e la mia azione, sebbene fondata sopra la nullità della vendita, non sarà limitata dall'art. 1304 al lasso di dieci anni; e si estinguerà soltanto col tempo ordinario della prescrizione. L'art. 1304 non è applicabile ad un caso come questo, in cui vi è vendita priva di subietto (*imperfectum negotium*), o contratto mancante di uno dei suoi termini. La vendita infatti è più che nulla, se così può dirsi; non ha esistenza, non è nata vitale, e non è necessario di farla annullare, perchè l'azione di nullità non è utile che contro quello che esiste. Gli manca ciò che è di essenza di una simile convenzione, cioè l'oggetto, la cosa della quale le parti contrattano. È un'obbligazione senza causa; vi è soltanto luogo a repetere quello che fu erroneamente pagato, per l'azione nota sotto il nome di *condictio indebiti*, che dura trent'anni (4).

Se il fuoco ha distrutto una sola parte della casa, i giureconsulti Romani fanno una distinzione. La parte distrutta è la più considerabile dell'edifizio? il compratore non è tenuto ad osservare il contratto. Oppure ne è la metà, o una parte minore? il compratore è obbligato ad eseguire la vendita (*coarctandus venditionem adimplere*), salvo il defalco, da computarglisi dietro perizia, dei danni sofferti dalla fabbrica (5). Infatti egli ha voluto comprare una casa, ed una casa gli è venduta; perchè la rovina di una parte eguale od inferiore alla metà, non toglie alla cosa tale qualità.

Questi principii sono forse basati sopra una interpetrazione litterale delle parole; ma è certo che possono aver l'effetto di far violenza all'intenzione che ha animato la vendita. Non è infatti quasi sempre vero, che il compratore si sarebbe astenuto dal comprare, se avesse saputo che la casa non era intiera?

Pothier ne era persuaso, e perciò proponeva di ammettere il compratore a chiedere lo scioglimento del contratto (6); ma a torto, mi sembra, voleva basare la sua equa opinione sulla legge 58, Dig., *De cont. empt.*, per-

(1) *Supra*, n. 6 e 202

(2) L. 15, Dig., *De cont. empt.* Paolo.

(3) Paolo, l. 57, *ibid.*

(4) Duranton lo dimostra ottimamente contro Delvincourt, t. 12, n. 351, p 672.

(5) Paolo, l. 57. Despeisses, p. 10, n. 12. Voet, ad Pand., *De cont. empt.*, n. 21. Pothier, *Vente*, n. 4.

(6) *Loc. cit.* Decisione di Bruxelles 18 Marzo 1809 (Sirey, 1812, 1, 354).

chè questa legge, desunta dagli scritti di Papiniano, non mi pare che produca un resultato più benigno della legge 57, di cui abbiamo riferito il disposto (1).

Il codice civile è venuto in soccorso della giustizia che perora si caldamente in favore del compratore, adottando l' opinione di Pothier. Quindi lascia al compratore la scelta o di recedere dalla vendita, o di chiedere la parte rimasta, facendone determinare il prezzo mediante stima.

In tal guisa, la vendita che in origine era pura e semplice, diviene soggetta ad una condizione potestativa resolutiva (2).

Nulladimeno, credo che il compratore non debba abusare dell'art. 1601, e che non si debba accogliere la sua dimanda di scioglimento, fuorchè se risultò dalle circostanze che non avrebbe comprato se avesse saputo la perdita. L' art. 1636 del codice civile, offre un argomento potente in favore di questo temperamento equitativo. Il giudice adunque valuterà le circostanze, e non concederà senza motivo la resoluzione di un contratto formato in buona fede, e meritevole di fedele esecuzione. Però la perdita qualunque siasi, dovrà causare una diminuzione di prezzo in favore del compratore (3).

253. Se il venditore era conscio della perdita della cosa, potrà condannarsi ad una prestazione di danni ed interessi a favore del compratore da lui lasciato in una pregiudicevole ignoranza (4). Ma se il compratore e non il venditore, sapeva la perdita della cosa, non potrà ripetere il prezzo scientemente pagato. Che se non l' ha sborsato, il venditore di buona fede potrà obbligarlo a sborsarlo totalmente, sia in pena del suo dolo, sia perchè si presume, che o abbia voluto beneficare il compratore (5), o almeno abbia opinato, che il prezzo non fosse esorbitante, anche tenendo conto della deteriorazione. Finalmente, se le parti volendo respettivamente ingannarsi, hanno saputo la non esistenza della cosa, *dolus cum dolo compensatur* (6); in conseguenza non si fa luogo a refezione di danni ed interessi, ed alla ripetizione di ciò che fosse stato sborsato (7). Notiamo bensì, che queste ipotesi di rado si realizzano.

254. Ciò che abbiamo detto sulla deteriorazione dell' oggetto venduto al tempo del contratto, si applica al caso della vendita di due oggetti, uno dei quali non sarebbe stato comprato senza l' altro. La perdita di uno di questi oggetti motiva l' applicazione dell' art. 1601 (8).

255. È stata discussa la quistione, se il nostro articolo sia applicabile alle materie commerciali.

Portalis sostenne l' affermativa al consiglio di stato. « Anche in commer« cio, egli diceva, occorre una mate« ria al contratto di vendita. Ora non « vi è contratto, se la nave venduta è « perita prima della vendita. La vendi« ta in questo caso si regola con i me-

(1) Dalloz, V *Vente*, non ha posto mente a tutte queste differenze. Altrimenti non avrebbe detto che i principii consacrati dall' articolo 1601 *sono stati sempre osservati*. Almeno Dalloz dovrà convenire che Paolo non gli professava.

(2) Gotifred., sulla leg. 58, Dig., *De cont. empt.*

(3) *Junge*, Duranton, t. 16 (Ed. Tar., t. 9), n. 184.

(4) L. 57, § 1, Dig., *De cont. empt.* Voet sopra questo tit. n. 21.

(5) L. 57, § 1, Dig., *De cont. empt.* Voet, *loc. cit.* Despeisses, p. 10, n. 21.

(6) Brunemanno, sulla leg. 57, § 2, p. 703.

(7) *Junge*, Duranton, t. 16 (Ed. Tar., t. 9), n. 183.

(8) Marciano, l. 44, Dig., *De cont. empt.*

« desimi principii del contratto di sicurtà.... Tale quistione è stata tre « volte giudicata al parlamento di Aix, « secondo le mie difese o consulta- « zioni (1). »

Regnaud e Begouen, pretesero che i principii di Portalis fossero contrarii a quelli osservati generalmente in simil caso (2).

Ma la quistione rimase allora indecisa, ed il codice di commercio, posteriormente promulgato, non ha recato alcuna deroga all'art. 1601. Non dobbiamo dunque esitare a preferire l'opinione di Portalis. Lo aveva giudicato anche la corte di cassazione, con decisione 5 Frimajo anno XIV, anteriore al codice di commercio (3).

CAPITOLO IV.

Delle obbligazioni del venditore.

SEZIONE I.

DISPOSIZIONI GENERALI.

ARTICOLO 1602.

Il venditore è obbligato a spiegare chiaramente ciò a cui si obbliga. Ogni passo oscuro ed ambiguo, s' interpetra contro il venditore.

SOMMARIO.

256. Il venditore deve spiegarsi il primo. Deve stabilire in termini chiari le basi del contratto. Perchè i patti oscuri s' interpetrano contro di lui.
257. Temperamento raccomandato dal presidente Fabro, nell'applicazione di questa regola interpetrativa. Esame di alcune risoluzioni date dalle leggi Romane, e che sembrano troppo rigorose.
258. In certi casi i patti dubbii s' interpetrano contro il compratore, per esempio, se ha fatto inserire qualche condizione nel suo interesse.
259. Estensione dell' obbligazione del venditore, di spiegar chiaramente le sue obbligazioni. Rinvio.
260. A buon dritto la legge fa preponderar la bilancia contro il venditore, poichè egli conosce la cosa, ed il compratore non la conosce. *Vi sono più compratori imprudenti, che venditori imprudenti.*
261. Precauzioni che deve prendere il compratore per comprare con sicurezza. Esempio d' inganni.

COMENTO.

256. Spetta al venditore a spiegarsi il primo (4). Il venditore dunque deve chiaramente definire a che si obbliga; deve stabilire in termini precisi le basi del contratto, e dire esplicitamente qual legge impone all' aliena-

(1) Locré, t. 7, p. 74, Ediz. Terlier.
(2) *Ibid.*
(3) Merlin, Rép., V *Vente.*

(4) Lo che fa dire a Loisel nelle sue Inst. statutarie · *Qui vend le pot, dit le mot*, lib. III, t. 4, n. 1, delle Vendite.

zione della cosa sua (1). Se lo fa malamente, *è a suo danno*, dice Delaurière (2), e deve imputarne a sè stesso la colpa.

Un linguaggio oscuro è spesso un artifizio. « Qui obscure loquitur, sono « parole di Cujacio (3), fallendi cau- « sa id facere videtur et ab eo dolus « non abest. »

Vi è di più: nella vendita, che è un contratto commutativo, il venditore figura, non solo come obbligato, ma anche come creditore. Per questo lato ancora i dubbii si risolvono contro il venditore. Perocchè « quum quæ- « ritur in stipulatione quid acti sit, am- « biguitas *contra stipulatorem est* (4). » L'art. 1162 del codice civile, è positivo per condannarlo.

D' onde questa regola generale, che i patti oscuri (5) ed ambigui (6), s'interpetrano contro il venditore. Tale disposizione è stata dal nostro articolo presa dalle leggi Romane. « Ve- « teribus placet, dice Papiniano, pac- « tionem obscuram vel ambiguam ven- « ditori et ei qui locavit nocere, in « quorum fuit potestate legem aper- « tius conscribere (7). » Il medesimo principio è ripetuto nelle leggi D., *De reg. juris*, e 21, D., *De cont. em pt.* (8).

Ed è tanto più razionale, chè i contratti non essendo validi, se non che in quanto ambe le parti vi hanno acconsentito, si presume che il compratore abbia aderito alla clausola oscura, perchè gli era meno nociva. (9).

Gli esempii di questa regola si presentano spontanei. Vi vendo un podere, e dico che un cavallo da lavoro chiamato Zeffiro, vi sarà compreso come accessorio. Se in questo podere si trovano due cavalli aventi il medesimo nome, non avrò ragione di dire, che intendevo parlare di questo piuttostochè di quello. La scelta apparterrà al compratore (10).

Vi vendo una proprietà, e mi riservo le cave di pietra *laddove sono*, *UBICUMQUE ESSENT*. Molto tempo dopo si scuoprono in quel fondo nuove cave; io non potrò pretendervi un dritto di proprietà, perchè in dubbio non si reputa che io abbia eccettuato dalla vendita ciò che non sapeva che esistesse. Se dunque si scuoprissero delle cave in tutta la proprietà venduta, si dovrebbe consegnare tutta al venditore (11)? Non sarebbe assurdo (12) volere che tutto il fondo fosse stato riservato ed escluso dalla vendita?

Vi vendo in Parigi 100 botti d' acquavite da consegnarsi *fuori della barriera*, senza indicare quale. L' oscurità sulla dichiarazione del luogo mi sarà contraria, e se non ricevete la consegna nel tempo determinato, non potrò profittare dell'art. 1657 per chiedere la resoluzione del contratto (13).

(1) *In venditionibus*, dice Cujacio, *semper legem dicet venditor rei suæ* (sulla leg. 39, Dig., *De pactis*, lib. V, quæst. Papinianeæ).

(2) Sopra Loisel, lib. III, t. 4, n. °.

(3) Sulla l. 21, Dig., *De cont. empt.*

(4) L. 27, D., *De rebus dubiis.*

(5) *Obscure loquitur qui quod dixerit non apparet* (Cujacio sulla l. 39 precitata).

(6) *Ambigue* loquitur si utrum dixerit non appareat. Nam ambigua oratio est quæ pluribus modis accipi potest. (Cujac., *loc. cit.*)

(7) L. 39, *De pactis.*

(8) Pothier, Pand., t. 1, n. 70.

(9) Despeisses, p. 35, n. 21.

(10) Cujacio ha provato ciò, correggendo il testo della leg. 34, Dig., *De cont. empt.* (Observ., lib. I, c. 10, e lib. XXXIII, *Pauli ad edict.*, ad Dict., l. 34). Despeisses pure è di quest' opinione, *loc. cit.*

(11) L. 77, Dig., *De cont. empt.* Giavoleno.

(12) È la parola di Cujacio sopra questa legge.

(13) Decisione di Parigi, 20 Nov. 1810 (Journal du Palais, 1811, p. 238).

Si troverà infine un' altra applicazione rimarchevole di questo principio in una decisione della corte di Riom, 5 Gennajo 1829 (1).

257. Ma la decisione delle citate leggi, deve essere interpetrata a norma della seguente spiegazione del presidente Fabro (2). « Illud plene ve« rum est non statim faciendam esse « interpretationem contra venditorem « aut locatorem, sed ita demum si « nihil sit quod melius dici possit. Id « est, si neque probari possit quid « actum fuerit, neque verisimiliter « conjici. Certior enim et prior, et ge« neralior illa regula est *in obscuris « inspiciendum esse* quod verisimilius « est, aut quod plerumque fieri so« let. » L. 114, D., *De reg. juris* (3).

Quindi l' interpetrazione non si fa contro il venditore, se non che quando le altre presunzioni ammesse dal dritto comune per iscuoprire il senso occulto degli atti sono mancanti. Prima di tutto si dovrà ricorrere alla volontà delle parti, alla verisimiglianza, agli usi locali (4). Il nostro articolo è un rimedio estremo, del quale non si deve far uso che in mancanza dei mezzi ordinarii d' investigazione.

Non so se i giureconsulti Romani si mostrassero sempre fedeli a questo sistema di prudenza. Trovo anzi nel Digesto alcuni esempii d' interpetrazione tanto severi, che i dritti evidenti del venditore mi vi sembrano sacrificati.

Per esempio: il proprietario di due possessi contigui ne aliena uno, ed eccettua dalla vendita una sorgente di acqua che scaturiva nel fondo venduto, con più uno spazio di dieci piedi intorno alla sorgente. Nasce quistione se il venditore si era riservato un mero dritto di servitù sull'acqua, ed un dritto di passo per giungervi, o se erasene riservato la proprietà. I giureconsulti Alfeno e Paolo, decidono che gli spetta il mero dritto di passo e di servitù (5)!! Ma, eccettuando dalla vendita la sorgente ed uno spazio di dieci piedi, il venditore non aveva fatto quanto doveva per istabilire che rapporto ad esso di nulla si spogliava, che il compratore non era investito di alcun dritto, che in una parola non vi era vendita relativamente a quell' oggetto riservato?

In un altro caso, un proprietario vendendo una casa aveva detto: *Le servitù degli stillicidj rimarranno nello stato in cui sono.* STILLICIDIA UTI NUNC SUNT, UT ITA SINT. Secondo Ulpiano (6) tal patto dev'essere interpetrato in questo senso, cioè, che non si sia inteso parlare fuorchè del dritto di stillicidio esercitato dalla casa venduta sugli edifizii vicini, ma non delle servitù del medesimo genere che le case contigue potessero esercitare sulla casa venduta; in una parola, che il venditore promette che gli è dovuta una servitù, e che non ne deve ad alcuno. Per me credo, che oggi niuno esiterebbe ad attribuire a questo patto un altro senso, e che vi si scorgerebbe allusione sufficiente alle servitù tanto attive che passive.

258. Ma quando diciamo che le clausole oscure ed ambigue, s' interpetrano contro il venditore, intendiamo che tal pena non deve applicar-

(1) Dal., 29, 2, 208.

(2) Rationalia, sulla l. 39, D. *De pactis*.

(3) Cujacio fa la stessa osservazione, *loc. cit.*

(4) Art., 1156 e seg.

(5) L. 30, Dig., *De servit. prædior. rustic.*

(6) L. 17, § 3, Dig., *De servit. urbanor prædior.*

glisi che quando si tratta della cosa istessa, del prezzo, e delle due obbligazioni principali della tradizione, e della garanzia impostegli dal contratto di vendita.

Perocchè, se si trattasse di altri patti della vendita, nei quali il compratore avesse introdotto dei dritti particolari, stipulato delle convenzioni eccezionali, e figurasse come creditore, ed avesse dettato la legge, si ritornerebbe alle regole d'interpetrazione stabilite dal dritto comune (1).

259. L'obbligazione imposta al venditore di spiegar chiaramente a che si obbliga, ha una grande estensione. Gl'impone non solo di non far uso di parole oscure che possono ingannare il compratore, ma eziandio di non porre in opera una dissimulazione non meno insidiosa sopra i difetti della cosa che vende. « *Dolum malum a se* « *abesse præstare venditor debet, qui* « *non tantum in eo est, qui fallendi* « *causa obscure loquitur, sed etiam qui* « *insidiose obscureve dissimulat* (2). »

Tratteremo più latamente questa materia, occupandoci dell'art. 1641.

260. Tanto più è stata savia la legge mostrandosi severa contro il venditore, quanto che non vi è eguaglianza di posizione tra lui ed il compratore; perchè egli conosce esattamente lo stato della cosa venduta, mentre che il compratore avendo sopra di essa delle notizie o poco precise o incomplete, corre più rischio di errare. L'esperienza infatti prova, che vi sono molti più compratori ingannati od imprudenti, che venditori temerarii. Loisel ha detto nelle sue *Instituzioni statutarie*, le quali sono una raccolta di proverbii, e di massime popolari nel foro (3), « *Vi sono più comprato-* « *ri imprudenti, che venditori impru-* « *denti;* » e Loiseau (4), comentando il medesimo adagio, ha mostrato i pericoli che minacciano il compratore, il quale non prende minuziose precauzioni, e che esposto a delle molestie per causa d'ipoteche anteriori, o di oneri reali, si trova rovinato, *non per cattiva condotta, ma per i debiti altrui, e per non aver comprato con abbastanza sicurezza.*

261. Il compratore non dovrà dunque affidarsi esclusivamente alla protezione della legge; da sè stesso si ajuterà con diligenti investigazioni; farà periziare la cosa per conoscerne il valore, s'informerà degli affitti, prenderà cognizione dei titoli per constatare l'origine della proprietà, e per assicurarsi se è giunta pura nelle mani del suo venditore; consulterà i registri ipotecarii per formarsi un'opinione sugli oneri che la gravano dacchè la possiede il venditore; nè sborserà il prezzo finchè non sarà certo che i terzi non avranno dritto di molestarlo, etc (5).

Ho veduto un esempio sorprendente dell'imprudenza che vi è a comprare senza informarsi dei titoli, e specialmente delle locazioni antiche.

Pietro aveva comprato un podere,

(1) Quest'osservazione fu fatta da Grenier oratore del tribunato (Locré, t. 7, p. 110, Ediz. Tarlier). Era già stata fatta da Despeisses, p. 35, n. 24, sul fondamento della l. 34, Dig., *De cont. empt.* *Junge*, Duranton, t. 16 (Ediz. Tarlier, t. 9), n. 187.

(2) Florentino, leg. 43, § 2, Dig. *De cont. empt.* Pothier, *Vente*, n. 234.

(3) Lib. III, t. 4, n. 2.

(4) *Déguerpissement*, lib. III, cap. 1, n. 19.

(5) Ved. il mio comento sulle Ipoteche, n. 433, *ter*. 468 *bis*; t. 3, 565, 584, 609, 468 *bis*; n. 722, 726 *bis*; t. 4, n. 907, 908, 920, e la prefazione della medesima opera.

ed il venditore gli aveva mostrato una locazione fatta per diversi anni, portante un canone annuo di 1800 franchi. Pietro fu convinto che la proprietà aveva un prodotto annuo di 1800 fr. Al cessar dell' affitto, credè poterlo rinnuovare snl medesimo canone, ma con sua gran sorpresa, intese allora, che il canone ordinario era di soli 1200 fr., e che se la locazione prodotta parlava di 1800 fr., era perchè il proprietario essendo creditore del suo fittajuolo di una somma di 3,400 fr., e non potendo averne il pagamento, l'aveva ripartita sulle annate dell'affitto.

Se Pietro si fosse informato delle antiche locazioni, non sarebbe stato vittima di questa frode.

ARTICOLO 1603.

Egli ha due obbligazioni principali, quella di consegnare, e quella di garantire la cosa che vende.

SOMMARIO.

262. Il venditore ha due obbligazioni principali: 1° consegnar la cosa; 2° garantirla. Dell' obbligazione di consegnare considerata sotto il rapporto della divisibilità. Rinvio per l' obbligazione di garantire. Queste due obbligazioni producono a vantaggio del compratore l' azione *ex empto*. Tale azione era puramente personale nell' antico dritto. Non lo è più oggi, che la vendita trasferisce la proprietà. L' azione della tradizione *ex empto*, può essere reale. È mista contro il venditore. Così statuisce una decisione della corte di cassazione. Deboli critiche di tale decisione, e confutazione di Poncet e Carré. L' azione *ex empto* è, secondo i casi, mobile o immobile.

COMENTO.

262. Il contratto di vendita impone per legge al venditore due obbligazioni principali.

La prima è di consegnare la cosa che vende.

La seconda di garantirla.

L' obbligazione della tradizione è divisibile, se la cosa è divisibile; è indivisibile, se la cosa è indivisibile. Perciò se il venditore lascia diversi eredi, ciascuno di essi non sarà tenuto nel primo caso, che di consegnare la cosa per la sua parte (1). Avrà adempito la sua obbligazione facendo la tradizione della sua porzione virile.

Ma nel secondo caso, sarà tenuto per il totale.

Quanto all' obbligazione di garantire, essa è indivisibile. Il che svilupperemo meglio in seguito (2).

Vedremo negli articoli seguenti la estensione di queste due obbligazioni. Per costringere il venditore ad eseguirle, il compratore ha un' azione conosciuta nel dritto Romano sotto il nome di azione *ex empto*. « *Ex empto actione is qui emit utitur* (3). » Nel nostro antico dritto, tale azione era puramente personale, nè poteva sperimentarsi che contro il venditore

(1) Pothier, *Vente*, n. 174, e soprattutto *Obligat.*, n. 296. *Infra*, n. 457. Molin., *De dividuo*, n. 278 e seg.

(2) *Infra*, n. 434, 438, 457.

(3) L. 11, Dig., *De act. empt.* Ulpiano. Pothier, *Vente*, n. 40, 41 e seg.

e suoi eredi. Essa non dava alcun dritto contro la cosa, nè contro il terzo che la possedeva (1).

Oggi non è così. L'azione *ex empto*, partecipa essenzialmente della natura dell'azione reale, quando ha per iscopo di ottenere la tradizione della cosa. La ragione è semplice. L'obbligazione che nell'antico dritto produceva un solo *jus ad rem*, oggi è un mezzo di trasferire la proprietà. Essa genera il *jus in re* (2); e, nello vendite, il compratore diviene immediatamente e pienamente proprietario in virtù del consenso. E siccome il *jus in re* ha sempre per sanzione un'azione reale, è chiaro che l'acquirente può presentarsi come proprietario della cosa, e reclamarla, sia contro il venditore diretto, sia contro tutti quelli ai quali quest'ultimo l'avesse ulteriormente rivenduta, esercitando un'azione avente i caratteri della più evidente realtà.

Nullostante, allato del carattere reale di quest'azione, si trova un carattere personale non meno visibile. Il venditore è obbligato personalmente in virtù del contratto a consegnare la cosa. È astretto a quest'obbligazione da un vincolo che inviluppa la sua persona, e quella ancora dei suoi eredi. Non rassembra un terzo detentore, contro di cui non si agisce che a motivo della cosa, e malgrado che non si abbia mai contrattato con esso. Qui vi è un *vinculum juris* che obbliga il venditore, ed avvince la sua persona.

D'onde deriva, che l'azione del compratore per conseguire la tradizione, è mista rapporto al venditore. Perciocchè in parte è reale, e in parte personale. Le due nature dell'azione vi sono congiunte, e si prestano scambievole appoggio. Ma essa è puramente reale riguardo al terzo detentore, cui la cosa fosse indebitamente rivenduta dal venditore comune.

Tale qualificazione d'azione mista data da me all'azione *ex empto*, eccitò numerose critiche, quando per la prima volta gli fu attribuita dalla corte di cassazione in una decisione 2 Febbrajo 1809 (3). Non pertanto questa decisione non aveva che un difetto nella sua forma, quello di statuiro per via di petizione di principio, lo che non è il mezzo di dare ad una decisione giudiciaria quell'imponente autorità che ai nostri giorni va unita soltanto ai solidi ragionamenti. Ma nella sostanza non vi fu mai decisione più giuridica, e dobbiamo rendere omaggio alla perspicacia dei magistrati della corte di cassazione, i quali hanno veduto, che le antiche dottrine del dritto Romano e di Pothier, furono annichilate dalle innovazioni del codice civile, e che strano anacronismo era il volerle dissotterrare.

Nientedimeno un dotto professore, Poncet (4), ha fortemente reclamato contro questa denominazione di *azione mista*, che rovescia tutte le vecchie idee. « Qual'è l'oggetto, dic'egli, « qual'è la natura di quest'azione ? « Il suo oggetto è di conseguire l'esecuzione di un contratto contro la « persona obbligata. La sua natura è « di resultare *unicamente* ed *esclusivamente* dall'obbligazione contratta. « Non solo tale azione non può esser « mista, ma non contiene neppure un « miscuglio della *più leggiera apparenza di realtà !* » Poi è venuto Carrè (5),

(1) Pothier, *Vente*, n. 40, 41 e 62.
(2) *Supra*, n. 37, 38 e 40.
(3) Dalloz, V *Action*.
(4) Trattato delle azioni, n. 123, p. 159, Ed. Tar.
(5) *De la compet.*, t. 1, p. 517 e 518.

che ha fatto causa comune con Poncet; ed ecco come cerca di corroborare la tesi di questo giureconsulto: « Ci basterà invocare la dottrina di Pothier, « secondo la quale ogni azione personale nasce da un dritto alla cosa « (*jus ad rem*), conferito dal con« tratto; motivo per cui l'autore po« ne tra le azioni personali, che chia« mò *personali* o *mobili*, quelle che « hanno per oggetto un immobile, « *come quella*, egli dice, *che ha il com« pratore di un fondo contro il vendi« tore per ottenerne la tradizione* (1). »

Ma in grazia, la distrazione di questi dotti scrittori non è alquanto forte? Quale autorità può avere Pothier, altronde sì rispettabile nelle sue decisioni, quando il legislatore ha precisamente voluto fondare uno stato di cose affatto opposto a quello sul quale questo giureconsulto aveva basato le sue dottrine? Pothier può far legge in quel caso in cui il codice civile lo ha scientemente condannato, e non è cosa inopportuna il far rivivere, per interpetrare la nuova legislazione, delle teorie che essa ha dichiarate morte per l'avvenire? Che giova dirci, che l'azione personale nasce da un dritto alla cosa (*jus ad rem*), conferito per contratto, quando è noto ad ognuno (*tonsoribus atque lippis*), che oggi il contratto conferisce il *jus in re*? Se genera il *jus in re*, bisogna dunque ammettere ancora, che l'azione reale lo accompagna, e quindi la quistione deve considerarsi in un aspetto affatto nuovo, e non sotto il punto di vista del dritto Romano, e del dritto Francese, ormai antiquato sopra tal rapporto. Poncet e Carré, d'altronde tanto stimabili, hanno, sembrami, il torto di fare il contrario. Essi non fecero caso di una rivoluzione fondamentale operata dal codice civile, e si lasciarono dominare da principj, l'autorità de'quali fu distrutta dai progressi del nuovo dritto (2).

L'azione *ex empto*, è mobiliare o immobiliare, secondo la cosa che n'è soggetto, è mobile o immobile (3).

SEZIONE II.

DELLA TRADIZIONE DELLA COSA.

ARTICOLO 1604.

La tradizione è la traslazione della cosa venduta in potere e possesso del compratore (4).

SOMMARIO.

263. La definizione della tradizione sotto il codice civile, non è più la stessa che sotto il dritto Romano e l'antica giurisprudenza. Critica di una decisione della corte di cassazione, che non ha riconosciuto il nuovo stato delle cose.

264. Se dunque il compratore trova alcuno in possesso della cosa, ha dritto di chiedere la resoluzione. Lo stesso è se trova la cosa onerata di un usufrutto non dichiarato, o di un'ipoteca occulta, o di un affitto taciuto. *Quid* di una servitù?

(1) Sopra Orléans, introduzione generale, n. 119.

(2) Ved. intorno all'azione mista, gli sviluppi che ne dò *infra*, n. 624 e seg., e 807 e seg.

(3) Pothier, *Vente*, n. 62.

(4) Questo testo è preso parola per parola da Domat, p. 32, n. 5.

COMENTO.

263. La definizione della tradizione data dalle leggi Romane, adottate da Pothier (1), non è più esatta sotto il codice civile. Esso dicono infatti, che il venditore, consegnando la cosa, non è tenuto di consegnarla al compratore a titolo di proprietario, bastando fargliene avere il possesso senza molestie (2). Noi abbiamo dimostrato, che il codice, maggiormente avvicinandosi al dritto naturale ed alla ragione, ha voluto che il venditore fosse precisamente tenuto a trasferire la proprietà della cosa che vende. Ciò resulta dall' art. 1583, dalle opinioni degli oratori del tribunato, dal confronto di alcuni testi da noi paragonati tra loro, e infine dalle parole energiche del nostro articolo, il quale vuole che la cosa sia trasferita in *potere e possesso* del compratore, lo che indica quello che vi è di più eminente e di più assoluto nei rapporti dell' uomo con la cosa, cioè il dritto di proprietà (3).

Sembra che alla corte di cassazione sfuggisse questo notabile cambiamento di sistema, in una decisione da lei proferita sotto di 12 Aprile 1831 (4). L' attore in cassazione si era querelato che il suo venditore, rimettendogli soltanto dei titoli *provvisorj*, *soggetti a controversia e resolubili*, non adempiva alle condizioni dell'art. 1604; ma la sezione dei ricorsi rigettò l'istanza per questi motivi, evidentemente desunti dall'antica dottrina: « Attesochè « in dritto, la tradizione che il venditore ha l' obbligo di fare, *non è* « *che* (5) *il trasporto della cosa vendu-* « *ta nel* GODIMENTO (6) *e possesso del* « *compratore;* ed attesochè non è stato mai comprovato in fatto, che il « trasporto dei beni venduti sia accaduto nel caso, e che il compratoro « attore in cassazione non è stato mai « turbato nel possesso e godimento dei « beni medesimi, che perciò il voto « della legge è stato adempito. »

Mi perdoni la corte di cassazione, ma il voto dell'art. 1604 non è adempito, quando il compratore, sebbene non ancora molestato nel suo godimento e possesso, ha giusto motivo di esserlo (7). È falso che la cosa sia trasportata in *suo potere*, quando è minacciato da un' azione vendicatoria o resolutiva. La corte di cassazione non avrebbe altrimenti motivato la sua decisione, se l' influenza delle leggi Romane e di Pothier fosse restata intiera, e non fosse stata diminuita da disposizioni legislative più armonizzanti con la sana ragione e la critica.

Ciò che rende questo considerando tanto più straordinario ed inopportuno si è, che resultava dai fatti della causa constatati dal tribunale e dalla corte di Lione, che era impossibile che l' attore in cassazione fosse evitto, e che niuna azione resolutiva era contro di lui proponibile. Come dun-

(1) Pothier, *Vente*, n. 48.

(2) *Supra*, n. 4 e 231. L. 11, § 1, D., *De cont. empt.* L. 25, § 1, Dig., *De cont. empt.* L. 188, Dig., *De verb. signif.*

(3) *Supra*, n. 4.

(4) Dalloz, 32, 1, 54.

(5) Si direbbe a questo giro di frase, che è piccola cosa!

(6) Perchè sostituire godimento *(jouissance)*, a *POTERE*, *(PUISSANCE)*, di cui l' art. 1604 si serve con tanta energia?

(7) Art. 1653 del codice civile.

que la corte suprema, d' ordinario tanto perspicace, ha emesso tal risposta perentoria al mezzo di cassazione? Come mai ha essa preferito di opporgli una dottrina antiquata, e d'or innanzi falsa? Il tribunale e la corte di Lione, avevano fatto uso nell' esame della causa di una maggior precisione ed intelligenza del dritto attuale, facendo dipendere la loro decisione dalla resoluzione della quistione, se erano a temersi dall'acquirente ulteriori molestie.

264. Poichè il possesso che deve darsi al compratore è un possesso a titolo di proprietario, ne resulta che quest' ultimo deve averlo ad esclusione di chiunque altro, e che niuno deve con lui dividerlo o disputarglielo. Occorre insomma che sia un possesso, come le leggi Romane lo qualificavano, *vacua possessio*, cioè un possesso vuoto, e sgombro da ostaroli (1).

Perciò, se il compratore cui il venditore fa la tradizione, trovasse alcuno già in possesso della cosa a un titolo eguale o più forte del suo, avrebbe dritto di farne doglianza, ed intentare l'azione per lo scioglimento, o l'azione dei danni ed interessi autorizzate dagli art. 1610 e 1611 seguenti. « *Vacua possessio emptori tradita non « intelligitur, si alius in ea legatorum « servandorum causa, in possessionem « sit, aut creditores bona possideant* (2). » Lo giudicò la corte di Brusselles con decisione 3 Aprile 1816 (3), in un caso in cui i compratori, muniti dei documenti, avevano trovato in possesso dei terzi che ricusavano di abbandonare la cosa.

Lo stesso sarebbe, se la cosa fosse onerata di un usufrutto non dichiarato (4), o di una ipoteca occulta, che il venditore avesse tenuta celata (5), o di una locazione che impedisse al venditore di entrare in possesso (6).

Relativamente alle servitù, occorre vedere il mio comento sull' art. 1638.

ARTICOLO 1605.

Il venditore adempie l' obbligazione di rimettere gl' immobili, quando ha rimesso le chiavi, se trattisi di un edifizio, ovvero i documenti della proprietà venduta.

ARTICOLO 1606.

La tradizione degli effetti mobiliari si compie,
O colla loro consegna reale,
O colla consegna delle chiavi degli edifizii che gli contengono,
Od anche col solo consenso delle parti, se la traslazione non può eseguirsi al tempo della vendita, o se il compratore gli aveva già in suo potere, in dipendenza di altro titolo.

(1) L. 2, § 1, Dig., *De act. empt.* Paolo.
(2) Paolo, medesima legge.
(3) Dalloz, V *Vente*, p. 864, nota 3.
(4) Pomponio, l. 7, Dig., *De act. empt.*
(5) Scevola, l. 52, § 1, Dig., *De act. empt.*
(6) Decisione di Metz 20 Agosto 1818 (Dal., *Oblig.*, n. 484, nota 1).

ARTICOLO 1607.

La tradizione dei dritti incorporali si eseguisce, o colla consegna dei documenti, o coll' uso che ne fa il compratore, di consenso col venditore (1).

SOMMARIO.

265. Collegamento.
266. La tradizione non è necessaria per trasferire la proprietà. Oggi essa non ha altro scopo che di trasferire il possesso, e rendere il proprietario di dritto tale anche di fatto.
267. Elementi di cui si compone il fatto della tradizione. Distinzione degl' interpetri del dritto Romano, tra la tradizione reale e la tradizione finta. Falsa intelligenza data dall' antica scuola a questa parte di dritto.
268. Vera teoria del dritto Romano sopra tal materia. Esso vuole che la volontà sia accompagnata da un atto corporeo. Ma quest' atto corporeo è spesso allegorico. Dissenso con la moderna scuola, la quale opina che nulla vi è di figurato nel sistema di tradizione dei Romani.
269. Qual' è l' errore dei giureconsulti dell' antica scuola? Essi scorgono la finzione laddove essa non si trova, e non la scorgono dov' è. Prima prova.
270. Seconda prova tratta dalla tradizione *brevi manu*.
271. Motivi di questi falsi concetti dei giureconsulti del medio evo. È d' uopo attribuirli allo spirito empirico di quell' epoca, schiava delle forme anche più dell' epoca Romana.
272. Il codice civile ha restituito ai fatti morali la loro possanza. Pure si riscontra nell' art. 1606 una espressione equivoca che rammenta antichi errori. Ma questo è un difetto di redazione anzi che un vizio di sistema. Sotto il codice civile, non si ha che le tradizioni reali, e tali sono anche quelle che non vengono accompagnate dal contatto materiale della cosa.
273. La facoltà di maneggiare una cosa, produce il medesimo effetto del maneggio reale.
274. In questo sistema affatto spiritualista, il codice ha reso il debito omaggio al potere della volontà, che è il più nobile attributo dell' uomo.
275. Modo di tradizione degli *immobili*. 1° Consegna delle chiavi. Essa nulla ha di allegorico.
276. 2° Consegna dei documenti della proprietà. Anche questa è una tradizione reale, e punto simbolica. Quali titoli debbono rimettersi perchè si abbia la tradizione? Errore di Pothier e di Corvino.
277. 3° Clausole del costituto e del precario. Questa genera un possesso reale e positivo, senza bisogno di ricorrere alla finzione.
278. 4° Vi è ancora tradizione reale, quando il compratore è in possesso della cosa ad un titolo che ha preceduto la vendita.
279. Modo di tradizione dei *mobili*. Qui la tradizione è molto più importante. 1° *Consegna manuale*.
280. 2° *Consegna delle chiavi*. Questa tradizione è reale. Senso dell' art. 1141 del codice civile.
281. 3° *Consenso*. Talvolta questo modo di tradizione basta per sodisfare alle condizioni dell' art. 1141. Talvolta non basta.
282. 4° *Consegna dei documenti*.
283. 5° *Apposizione di un contrassegno*.
284. 6° *Peso, numerazione e misurazione*.
285. Del modo di tradizione *dei dritti incorporali*.
286. In qual modo il cessionario è investito della cosa al dirimpetto dei terzi.
287. La notificazione della traslazione, regola l' ordine tra diversi cessionarii.

COMENTO.

265. Unisco in un medesimo comento i tre articoli 1605, 1606, 1607, onde non scindere la materia della tradizione di cui si occupano, il primo rapporto agli immobili, il secondo rapporto ai mobili, il terzo rapporto ai dritti incorporali.

266. L' obbligazione di consegnare la cosa, si eseguisce mediante la tradizione. Non già che la tradizione sia necessaria per trasferire la proprietà. Abbiamo veduto disopra (2), come la traslazione della proprietà si operi mediante la sola energia del consenso. Ma la proprietà non sarebbe che un

(1) Questi tre articoli sono di Domat, n. 6, 7, 8 e 9.
(2) N. 36 e seg.

dritto astratto e sterile, senza il possesso; e precisamente per traslocare il possesso, la tradizione è necessaria. Per essa, il compratore già proprietario di dritto, diviene proprietario di fatto, e prendendo il posto del venditore, detiene la cosa, e la possiede col maggiore dei titoli, cioè a titolo di proprietario.

267. La tradizione di cui qui si parla, si compone di tre elementi: 1° l'abbandono volontario della cosa per parte del proprietario (1); 2° l'apprensione di essa per parte del compratore (2): 3° l'intenzione in quest'ultimo di appropriarsela (3). Vedremo poscia, che queste tre condizioni si realizzano anche quando la tradizione si opera mediante il solo consenso e la sola forza della volontà.

Tutti gli antichi comentatori (4), occupandosi dell'apprensione, hanno scritto che vi sono due specie di presa di possesso: l'*apprensione reale*, e l'*apprensione finta*. Hanno insegnato che l'apprensione reale consiste esclusivamente, sia nell'azione di prendere la cosa con la mano (5), sia nell'azione di calpestarla e percorrerla (6). Ma siccome assai spesso avviene, che questi due atti, che traggono la loro energia dal maneggio e dal tatto della cosa stessa, sono rimpiazzati nell'uso da atti corporali meno diretti, ma approvati dalle leggi Romane, gl'interpetri immaginarono, a lato della tradizione da essi detta reale, una tradizione finta (*tradictio ficta*), che investe la cosa con atti simbolici (7).

Come esempio di tradizione simbolica, essi citano la consegna delle chiavi di un magazzino per operare la tradizione dei vini o dei grani in esso contenuti (8); la consegna del documento per denotare la tradizione della cosa a cui si applica (9); la clausola del constituto e del precario (10); la collocazione di una cosa in presenza di quegli a cui è dovuta, in modo tale che se non la tocca, possa almeno vederla, apprenderla con gli occhi (11); finalmente la tradizione *brevi manu*, quando un individuo che già possiede a titolo precario, è investito della cosa a titolo di proprietario (12).

Ma è da rimarcarsi, che le parole di *tradizione finta*, non si trovano nei testi dei giureconsulti Romani relativi alla tradizione ed al possesso.

Quindi la scuola moderna ritiene la distinzione tra la tradizione reale e la tradizione finta, come una immaginazione dei dottori, e la rigetta come inutile, contraria ai fatti, ed allo spirito generale del dritto Romano (13).

Tale opinione non mi pare perfettamente esatta, e sebbene combatta con successo la falsa intelligenza di questa parte del dritto Romano, assai male interpetrata dall'antica scuola,

(1) L. 18, § 2, Dig., *De acq. possessione.* « *Vacuam se possessionem tradere dicat.* »

(2) L. 3, § 1, Dig., *De acq. possess.*

(3) *Ibid.*

(4) Perfino Donello (lib. V, cap. 9), quello tra essi, che al dire di de Savigny (nel suo celebre Trattato del Possesso), ha meglio scritto sopra questa materia.

(5) Pothier, Pand., t. 3, p. 108, n. 43.

(6) Pothier, n. 41. Arg. delle leggi 2, C. *De acq. poss.*, e 12, C. *De cont. empt.*

(7) Pothier, *loc. cit.*, n. 44.

(8) Pothier, *loc. cit.*, n. 45.

(9) Pothier, *loc. cit.*

(10) Pothier, *loc. cit.*, n. 46.

(11) Pothier, *loc. cit.*, n. 44. Lo che è detto da Giavoleno: *Traditio longa manu.*

(12) Pothier, *loc. cit.*, n. 47.

(13) Savigny, Trattato del Possesso, § 14-17. Ducaurrey, *Inst. expliq.*, n. 403, nota 1. Blondeau esprime questa idea, ma con qualche esitazione (*Crestomazia*, p. 285, nota 1, e p. 295).

non la credo però esente da rimproveri e da errori. Vado a dimostrarlo.

268. Primieramente convengo, che sebbene il dritto Romano non si sia mai elevato a forme tanto astratte come il codice civile, non era però tanto schiavo delle forme materiali, da non separare la presa del possesso di una cosa dall'obbligo di toccarla o di maneggiarla.

Sotto l'influenza dei grandi genii, i quali innalzarono la giurisprudenza ad un grado sì elevato di perfezione, la metafisica del dritto aveva insegnato che il tatto non è la sola maniera con cui l'uomo possa impadronirsi della materia; per possedere una cosa, per detenerla, si comprendeva non esser necessario di averla sotto mano, o di percorrerla in tutti i sensi, e si era presso a persuadersi, che basta dominarla colla propria volontà, e potere estendere fino ad essa la facoltà morale di disporne.

Nullostante, non si era precisamente giunti a quel punto, e per una specie di rispetto per l'occupazione manuale, ritenuta come la più conforme al dritto naturale (1), si voleva che alla volontà si unisse un fatto corporeo, che investisse, per così dire, la cosa, e vi stampasse l'impronta fisica dell'uomo (2). Non bastava che si avesse la facoltà di servirsi di una cosa, bisognava che un atto corporeo, se non manuale, facesse susseguire il fatto al dritto, e gli dasse un'esecuzione almeno fittizia.

Esaminiamo alcuni testi, quanto curiosi altrettanto decisivi.

Il possesso, dice Paolo (3), si prende non solo col tatto, ma eziandio con gli occhi e con l'intenzione. « Non « est enim *corpore et tactu* necesse « apprehendere possessionem, sed e- « tiam OCULIS ET AFFECTU ! ! ! »

Ma la sola volontà non basta. « Adi- « piscimur possessionem corpore et « animo, *neque per se animo*, *aut per* « *se corpore* (4). »

Celso ha scritto: Se il venditore mi mostra dall'alto di una torre il fondo che ho da lui comprato, me ne fa la tradizione, ed io lo possiedo come se lo avessi da me percorso. *NON MINUS POSSIDERE COEPI*, *quam si pedem finibus intulissem* (5).

Ma ascoltiamo Giavoleno, le di cui parole divennero celebri: Voi mi dovete una somma di danaro o qualunque altra cosa; la deponete, per ordine mio, in un luogo ove posso vederla, ma non toccarla. Ciò basta, io la possiedo: l'ho acquistata come se l'avessi in qualche modo afferrata *con una lunga mano*. « Adquisita mihi et « quodam modo MANU LONGA tradita « existimanda est (6). » La parola è rimasta, e la tradizione MANU LONGA ha fatto fortuna. Ma osserviamo bene l'idea nascosta sotto questa immagine pittoresca. Giavoleno paragona l'occhio e la volontà dell'uomo ad una mano che da lungi afferra la cosa. L'occhio si fisa sopra di essa, ed il pensiero che lo segue dice: *essa mi appartiene*; e lo può. Ma se il pensiero avesse agito solo senza il soccorso dell'occhio, avrebbe tentato uno sforzo superiore alle umane facoltà. Il

(1) Paolo, l. 1, Dig., *De acq. possess.* « *Posses- « sio appellata est a sedibus, quasi positio; quia* NA- « TURALITER *tenetur ab eo qui* EI INSISTIT. »

(2) Blondeau, nella sua interessante opera intitolata *Crestomazia*, riconosce che nel dritto Romano la tradizione esigeva il contatto dell'uomo (p. 247, 284).

(3) L. 1, § 21, Dig., *De acq. possess.*

(4) L. 3, § 1, Dig., *De acq. possess.*

(5) L. 16, § 2, Dig., *De acq. possess.*

(6) L. 79, Dig., *De solut.*

dritto sarebbe stato privo di esecuzione, la sola astrazione si sarebbe trasportata sulla cosa, e secondo le idee dei giureconsulti Romani, l'astrazione rimane impotente, se non riveste una forma corporea. Bisognerà dunque che al pensiero si associi l'azione. Non sarà in vero necessario di andare sulla faccia del luogo e calpestarlo. Uno sguardo che abbracci la cosa, equivarrà all'apposizione della mano.

Ora dimanderò, questo sguardo che si paragona ad una lunga mano, questa imitazione di una presa di possesso manuale con una specie di gesto, non sono qualcosa di allegorico e di fittizio? La scuola moderna potrà negare ciò che di simbolico là entro si contiene?

Progrediamo oltre.

Vi vendo del vino contenuto in una cantina, e per consegnarvelo, vi dò la chiave che serve ad aprirla. Senza dubbio, tosto che avrò la chiave, potrò a mio piacere disporre della cosa. Ma non sarà tutto ancora terminato; occorrerà, perchè vi sia tradizione, che la chiave mi sia rimessa *in re præsenti*, *apud horrea* (1). E perchè ciò? Perchè debbo vedere la cosa, onde si reputi che io la possegga, perchè debbo darle un' occhiata per apprenderla. Ora se quest' occhiata non è una finzione, se non è un' allegoria per significare la presa di possesso manuale, qual significato darassi a quest' atto corporeo?

Queste osservazioni mi sembrano sufficienti per dimostrare che la scuola moderna non è completamente irreprensibile nella lite da essa intentata contro gli antichi giureconsulti.

269. Vediamo ora in che consista l'errore di questi ultimi. Esso consiste principalmente nell'avere essi veduto la finzione laddove non si ritrovava, e nell'averla negata ov'essa era.

Per esempio, nel caso di tradizione, che consiste nella consegna delle chiavi, ad oggetto di consegnare la cosa contenuta nel magazzino che esse aprono, gl' interpetri vogliono che le chiavi sieno un simbolo della cosa consegnata (2). Ma (come fa osservare Ducaurroy), una chiave non rappresenta del vino, del grano, delle mercanzie (3); ovvero, se per qualche bizzarria si fosse adottato un tal simbolo, l'acquirente ne sarebbe stato libero col tatto della mano, o dando l'occhiata sacramentale, e non sarebbe stato necessario di trasportarsi presso la cosa medesima per prenderne fisicamente possesso con lo sguardo. La finzione non consiste dunque nella consegna delle chiavi, perchè quest' atto è uno di quelli, l'utilità dei quali è realissima. Essa consiste intieramente (come abbiamo detto) nella pantomima di uno sguardo che deve gettarsi sulla cosa, per imprimervi il senso dell' uomo.

270. Ecco un secondo errore. La tradizione *brevi manu*, di cui i dottori hanno fatto il *nec plus ultra* della finzione, ha ricevuto il suo nome da un testo di Ulpiano (4). Essa accade, secondo il medesimo giureconsulto, quando volendo trasferire a Tizio la cosa che mi dovete consegnare, v'incarico di consegnarla direttamente al medesimo Tizio. In questo e simili casi, due tradizioni si confondono in una: *Celeritate conjungendarum inter*

(1) L. 1, § 2, Dig., *De acq. possess.*

(2) Pothier, Pand., t. 3, p. 108, n. 45. Voet ad Pand., *De acq. rer. dom.*, n. 34. L. 9, § 6, *De acq. possess.* L. 74, Dig., *De cont. empt.*

(3) *Inst. expliq.*, n. 403.

(4) L. 43, § 1, Dig., *De jure dotium.*

se actionum, unam actionem occultari (1). Ma pure si fa una tradizione reale: nulla è più certo. Ulpiano sempre ha così denominato un modo di apprensione più breve, ma non meno reale degli altri.

Ma i fautori della finzione si sono impadroniti della denominazione di Ulpiano, e l'hanno arbitrariamente estesa ad altri casi, ai quali questo giureconsulto era ben lungi dal pensare. Per esempio, vi ho locato una casa, e mentre voi la possedete a titolo di conduttore, ve la vendo. Secondo Cajo, la tradizione è inutile in questo caso (2); perocchè il possesso esiste in fatto, e tutto è compito col consenso del proprietario che si spoglia della proprietà. Lo stesso è nel caso del constituto e del precario (3). Ebbene malgrado questa decisione tanto chiara di Cajo, gl'interpetri volendo a forza trovare una tradizione qualunque laddove questo giureconsulto diceva non esservene bisogno, immaginarono di dire, che era necessario supporre che il conduttore restituiva la cosa al proprietario; che il proprietario la consegnava poscia al medesimo conduttore divenuto proprietario; che queste due tradizioni si compensavano, e che da questa compensazione resultava una tradizione fittizia detta *brevi manu*; perchè era più celere e più speditiva di qualunque altra (4). Così dopo aver derubato ad Ulpiano una denominazione fatta per un altro caso, fabbricavano dei raggiri di azione per complicare una teoria ridotta da Cajo ai termini più semplici, dimostrando la inutilità della tradizione.

Tali sono le supposizioni ed i malintesi sopra i quali fu costruito l'edifizio delle tradizioni simboliche e di breve mano. La scuola moderna ebbe poca pena a mostrarne la fragilità.

271. Se si riflette al motivo cha ha potuto determinare gl'interpetri a corrompere il dritto mediante queste false ed oziose distinzioni, si acquista la convinzione, che la sorgente di quest'errore si trova nel miscuglio delle idee della società Romana, con le idee del medio-evo, dalle quali i più antichi dottori a loro insaputa si sono lasciati dominare; perchè si paga sempre il tributo al proprio secolo, ed è ben difficile sottrarsi all'influenza delle opinioni contemporanee.

Il medio-evo, anche più de' tempi Romani, era l'epoca dei simboli e delle forme materiali. Ciò che vi è nell'uomo di astratto e di morale, si traduceva in rappresentazioni corporee, ed il dritto era una perpetua allegoria. La tradizione vi era sempre qualcosa di materiale. L'inutilità di una tradizione reale o finta, intravveduta da Cajo nel caso rammentato nel numero precedente, non poteva trovare accesso negli spiriti dominati dal mate-

(1) Ulpiano, l. 3, § 12 e 13, Dig., *De donat inter vir. et uxor.*

(2) Interdum *sine traditione* nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam, etc., (l. 9, § 5, Dig., *De acq. rer. dom.*) Blondeau riferisce questo ed altri testi (*Crestomazia*, p. 293).

(3) Ulpiano, l. 77, Dig., *De rei vindicat.* Ducaurroy, *Inst. expliq.*, n. 402. Onorio ed Arcadio dicono « *Idem est usumfructum retinere quod tradere* » (l. 28, C. *De donat.*). Infatti nel constituto e nel precario, a che giova il fatto dello spogliarsi della proprietà, poichè il nuovo proprietario possiede per l'antico, il quale non ne gode che come suo rappresentante?

(4) Ducaurroy ha dimostrato con gran spirito e vivacità l'inesattezza di quest'opinione. (*Inst. expliq.*, n. 403, note 1). Pure Blondeau non è sicuro che non sia una tradizione simbolica (*Crest.*, p. 293), e non pertanto non inclina ad ammettere una tradizione finta. (*Ibid.*, p. 284). Però le spiegazioni di Ducaurroy mi sembrano decisive.

rialismo delle forme. Credevasi invincibilmente alla necessità indispensabile, o di una tradizione reale, che aveva luogo quando si entrava fisicamente in possesso della cosa, o di una tradizione finta, che aveva luogo quando con segni figurati ed imitativi si descriveva la cosa, ed in presenza della sua immagine si rimetteva al nuovo possessore il segno allegorico del potere sopra di essa. Quindi, per esempio, quando uno non poteva trasportarsi sulla faccia del luogo per fare una tradizione reale, il venditore dava al compratore una zolla di terra, o un poco d'erba che rappresentava la cosa venduta; poi si allontanava, come per indicare che ne lasciava libero il possesso al compratore (1). Ovvero rimetteva al compratore una bacchetta in segno del dritto che acquistava di disporre della cosa da padrone (2). Il dritto canonico prova che tali usi erano ancora in pieno vigore alla fine del duodecimo secolo (1199). In una lettera del papa Innocenzo III, si legge ciò che segue (3): « Si vero « aliquis possessiones aliquas claus- « tris vel aliis religiosis locis in bona « valetudine vel ultima voluntate, « pro suorum vult remedio peccato- « rum conferre, hanc conferendi for- « mam esse proposui, quod in hujus- « modi donationibus MODICUM TERRÆ « CONSUEVIT IN MANU ACCIPERE .... « *super altare ponendum sub testimo-* « *nio videntium et audientium* ... Dis- « cretioni vestræ mandamus quatenus « donationes quæ claustris, ecclesiis « ..., conferuntur ...., faciatis irre- « vocabiliter observari, cum HUJUS- « MODI SIGNUM NON TAM FACTÆ DO- « NATIONIS QUAM TRADITÆ POSSES- « SIONIS *sit evidens* argumentum. »

Questa era una tradizione finta in tutta l'estensione del vocabolo; la zolla era un'allegoria, la bacchetta era un emblema; nulla di tuttociò presentava l'utilità della consegna dei documenti, che è una necessità della mutazione di proprietario, e non un affare di forma, o la realtà della tradizione delle chiavi, che permette di fare uso della cosa, o di arrivare fino a lei, o di traslocarla. Tali solennità del dritto del medio-evo, non contenevano che apparenze per parlare agli occhi, che forme materiali per investire lo spirito.

In presenza di questo dritto simbolico, di cui i giureconsulti del medio-evo avevano sotto gli occhi lo spettacolo vivente, è naturale che preoccupati dalla necessità perpetua della tradizione reale, e della tradizione fittizia, abbiano cercato di rintracciarla dappertutto nello studio del dritto Romano. Questo è il motivo per cui talora hanno qualificato di finzione ciò che era un atto reale di utilità, talora hanno sottinteso un'allegoria, laddove il fatto si mostrava da sè medesimo, semplice e senza raggiro. Alle finzioni già troppo empiriche del dritto Romano, sostituirono delle finzioni ancor più empiriche, e la scienza che in mano di Cajo e di molti altri grandi giureconsulti di Roma, aveva ottenuto sotto alcuni rapporti, benchè poco numerosi, la sua liberazione dal giogo del materialismo, ricadde sotto l'influenza della scuola del medio-evo, in una schiavitù di forme ancor più barbara.

272. Rendiamo il debito omaggio agli autori del codice civile, i quali hanno quasi sempre riconosciuto nei

(1) Appendice alle formule di Marculfo, form. 19.
(2) Bignon, note, sulla form. 13 del lib. I di Marculfo.
(3) Decret. Gregor, lib. 1, t. 4, p. 26.

fatti morali e negli astratti, la potenza reale che ad essi appartiene, e che è assai più degna di figurare nelle leggi di un popolo illuminato, che non le solennità materiali, buone tutto al più nell'infanzia della civilizzazione. Dopo aver liberato le convenzioni dalla necessità sostanziale della tradizione, non dovevano dunque far altro che rimaner fedeli al loro sistema di preferenza della volontà sull'atto, dell'astrazione sul patto, per distrigare la tradizione dalle false distinzioni della scuola. Ma tale è l'impero dell'abitudine e del linguaggio, che si riscontra nell'art. 1606 una locuzione d'onde sembra a prima vista emanare la riproduzione del sistema degli interpetri del dritto Romano, sistema che non vede altra tradizione reale da quella che si opera mediante il maneggio o l'occupazione corporale, e che colloca il restante nella classe delle finzioni. In quest'art. 1606, si pone a capo della serie dei modi della tradizione la *tradizione reale*, e si pongono poi in vista tutti gli altri modi di tradizione che si operano per una via diversa dal maneggio della cosa. Pure, bisogna pur dirlo, le parole *tradizione finta* non sono pronunziate nel nostro articolo, e fuorchè per un'argomentazione *a contrario*, sempre pericolosa, non si potrebbe sostenere che il legislatore ha adottato la distinzione dell'antica scuola. In sostanza, e sebbene l'espressione del nostro articolo sia frammista di un'apparenza di empirismo da cui si bramerebbe scevro, è però evidente che il codice non ha risoluto litteralmente la quistione. Vi è di più: ed è, che riflettendo alle forme tradizionali semplici, libere, e quasi sempre astratte ch'esso pone in scena, è d'uopo convincersi, che nel suo spirito ha attribuito i medesimi effetti della tradizione manuale anche alle altre tradizioni.

Infatti, rammentiamolo, l'intenzione non aveva efficacia nel dritto Romano, fuorchè quando andava unita ad un atto corporeo, manuale, od altro, che riducesse il pensiero ad esecuzione. Così abbiamo testè veduto, che quando per consegnare ad alcuno del grano che gli si era venduto, gli si rimettevano le chiavi del magazzino in cui era rinchiuso, era d'uopo che la consegna di queste chiavi fosse fatta in presenza del magazzino (*si claves apud horrea tradita sint*, dice Papiniano) (1); perchè la facoltà di servirsi di una cosa era incompleta, se non andava unita ad un fatto di presa di possesso corporale, non fosse altro che uno sguardo gettato sulla cosa per occuparla.

Ma nel nostro dritto, quest'atto fisico è rigettato come inutile; esso nulla aggiunge alla forza della volontà; l'intenzione unita alla facoltà di agire, è considerata come avente la stessa energia dell'atto medesimo. Vedasi l'art. 1606; esso non esige una dimostrazione col gesto o coll'occhio. Anche sotto l'antica giurisprudenza (2), Pothier d'accordo con Tiraquello (3), Brunemanno (4) ed altri, pensava che la consegna *in re præsenti* non era necessaria. A vero dire, quest'opinione non era universalmente adottata. Molinéo (5) e Merlin (6) volevano che ci dovessimo attenere alla lettera delle leggi Romane

(1) *Supra*, n. 268.
(2) Pothier, *Vente*, n. 315, *in fine*.
(3) *De const. possess.*, p. 2, ampl. 3, n. 3.
(4) Sulla l. 74, Dig., *De cont. empt.*
(5) Sopra Parigi, dei Feudi, § 20, gloss. 5, n. 14.
(6) Merlin, Rép., V *Tradition*.

ne. Ma in ciò si allontanavano dalla semplicità connaturale al drittu Francese, e a buon dritto l'art. 1606 gli ha condannati.

273. Ecco dunque una importante e profonda modificazione. Esiste un atto dell'antico proprietario che vi dà il dritto di servirvi dell'oggetto venduto, che v'investa della facoltà di usarne a vostro grado? Ciò basta! Quest'oggetto è passato in vostro potere, voi lo possedete, sebbene non l'abbiate peranche nè toccato, nè veduto. In questo sistema, il dritto ha la stessa forza del fatto; il potere di maneggiare fisicamente la cosa, è dotato della stessa energia che il di lei maneggio effettivo. Dirassi forse, che uno è l'imitazione dell'altro, e che si è voluto rappresentare mediante un processo simbolico e più spedito, ciò che avviene nell'ordine fisico? No davvero. Il fatto ed il dritto, appartengono ciascheduno ad un ordine di cose differenti; hanno ciascuno una realtà diversa, ma positiva. I fatti morali nulla hanno da chiedere ai fatti materiali; agiscono non per finzione, ma come aventi in loro stessi una incontestabile verità; la loro potenza non è presa in prestito, ma è una potenza manifesta ed innata.

274. Ciò posto, ne deduco la conseguenza, che non esiste tradizione finta nel sistema del codice civile; non esiste che la tradizione reale; reale, quando con un atto di occupazione manuale pone la cosa in mano mia; reale ancora, quando senza che io l'abbia veduta nè toccata, sono investito dall'antico proprietario della facoltà di prenderla, di occuparla, di disporne a mio piacere, e che niuno può più rapirmela. Dico che questa è una realtà, e non una finzione; perchè la volontà che si dirige sulla cosa, ha lo stesso potere della mano che l'afferra, o dell'occhio che la percorre. La volontà è pure una *lunga mano*, come diceva Giavoleno; è la più elevata, e la più nobile delle umane facoltà. Quando comanda, si reputa già obbedita dai sensi, e supplisce all'atto materiale che la serve. No! ripetiamolo; ciò non è una finzione, è un dono reale della nostra intelligenza, è un attributo glorioso dell'uomo, è una conquista legittima del pensiero!

275. Vediamo ora quali modi di tradizione sono più specialmente in uso, sia per gl'immobili, sia per i mobili, sia per i dritti incorporali.

Cominciamo dagl'immobili.

Il venditore adempie l'obbligazione di consegnare, non solo quando installa il compratore nella casa o nel podere, non solo quando glie li fa toccare colla mano, o girar con lo sguardo, eziandio quando glie ne rimette le chiavi (Art. 1605). Non già perchè le chiavi sieno un segno rappresentativo della casa o del podere. Indipendentemente da ogni simbolo, esse sono un istrumento necessario per penetrare nell'interno della casa o del podere. Esse procurano in conseguenza al compratore la facoltà di servirsene e di goderne, costituiscono dunque una tradizione reale.

276. È lo stesso della consegna dei documenti di proprietà (1) (1605). Munito di essi, il compratore può subentrare a qualunque possessore; ha i mezzi di entrare nell'immobile, e di restarvi solo possessore, solo proprietario. I documenti sono per lui un passaporto che distrugge ogni ostacolo. Conducono quindi ad una tradizio-

(1) L. 1, C. *De donat.*

ne reale, ad un possesso plenario, e non dobbiamo più prestar fede alle illusioni che scorgevano nella loro consegna una tradizione fittizia.

Ma quando si parla della consegna dei documenti come modo di tradizione, può intendersi con questo la consegna del titolo, in virtù del quale il venditore cede la sua proprietà al compratore? ovvero debbesi necessariamente intendere la consegna dei documenti, i quali assicurano la proprietà nel venditore, e sono pel compratore una garanzia di cui gli si trasmettono dei dritti positivi?

La prima opinione è insegnata da Pothier. « *Aliud traditionis symbolicæ* (1), *si* INSTRUMENTUM EMPTIONIS REI *tradatur* (2). » Corvino è dello stesso parere (3).

La seconda ha per difensore Molinéo (4), seguito in ciò da Merlin (5). « *Vel per traditionem instrumentorum acquisitionis feudi, in quibus continetur jus competens venditori il illo feudo* (l. 1, C. de donationibus), « *quæ ita intelligi debet, non autem per traditionem instrumentorum ipsius venditionis, ut tenent Guglielmus, Bartolus, Alexander*, etc. »

Questa seconda opinione mi sembra la sola esatta, tanto sotto l'impero delle leggi Romane (la leg. 1, al C. *De donat.*, non lascia verun dubbio), quanto sotto l'impero del codice civile, il di cui art. 1605 riproduce in tutta la sua energia il sentimento di Molinéo. La ragione vuole altronde così. L'atto di vendita prova unicamente la convenzione principale intervenuta tra il venditore ed il compratore; tutto il suo effetto consiste nel trasferire la proprietà. Quanto al possesso, lo lascia nello stato in cui si trovava, il suo scopo non è di occuparsene. Abbisogna dunque un'operazione ulteriore, distinta dalla vendita, per spogliare il venditore del possesso; e questo spoglio non può risultare dalla consegna di un documento che non ha rapporto col possesso.

Ma il caso diversifica, quando il venditore rimette al compratore dei documenti di proprietà. Tal consegna prova che il venditore nulla vuol conservare sulla cosa, che rinunzia a tutti i suoi dritti, e che l'oggetto venduto sarà quind'innanzi in un tal rapporto col compratore, che soltanto questi potrà servirsene a suo piacimento.

Ritorneremo sopra ciò, allorchè parleremo della tradizione dei mobili.

277. Il patto del constituto possessorio e del precario (6), è quello con cui il possessore di un immobile riconosce di non aver sopra di esso alcun dritto di proprietà, e di tenerne il possesso a mero titolo precario. Questo patto si stipula quando il venditore rimane in possesso della cosa a titolo di conduttore o di usufruttuario.

Secondo tutti gli antichi scrittori, il patto del constituto possessorio conferisce al compratore un possesso finto, in virtù del quale ha il medesimo dritto di proprietà, come se gli fosse stato trasmesso un possesso reale ed attuale (7).

Ma nulla scorgo di fittizio negli effetti di tale stipulazione. Forse perchè

(1) Passiamo sopra questo simbolo creato dall'immaginazione dei dottori.

(2) Pand., t. 3, p. 109, n. 4°.

(3) *Enarrat.*, sul cod., lib. VII, t. 32, p. 528, col. 1.

(4) Sopra Parigi, dei Feudi, § 20, gloss. 5, n. 14.

(5) Merlin, Rép., V *Tradition*.

(6) Merlin, Rép., V *Clause de constitut*.

(7) Pothier, Pand., t. 3, p. 109, n. 46.

il compratore non possiede la cosa corporalmente? Ma un immobile non si possiede *realmente* per mezzo del conduttore o dell' usufruttuario che lo ritiene in nostro nome (1)? Qui dunque vi è possesso reale, ed acquistato per legge senza tradizione, e mediante la sola forza del consenso.

278. Parimente la tradizione si opera mediante il consenso, quando il compratore è già in possesso dell' immobile che compra (Arg. dell' articolo 1606) o, per meglio dire, non ha bisogno di tradizione; perchè la tradizione non è necessaria che per dare il possesso, e dove il possesso già esiste, la tradizione è inutile (2).

279. In fatto di mobili, la tradizione è molto più importante che in fatto d' immobili. Perocchè è noto, che tra due compratori di oggetti mobili, si preferisce quegli che è stato messo in possesso (3).

L' art. 1606 decide che la tradizione si opera:

1° MEDIANTE LA CONSEGNA MANUALE da esso chiamata reale. Ma la tradizione manuale, sarà per questo la sola reale? Non lo credo. Il codice non qualifica le altre specie di tradizione, di *tradizione finta;* attribuire ad esse tale denominazione, sarebbe lo stesso che cedere ad un argomento *a contrario*, la di cui falsità è palpabile (4). Farò rilevare questo vero nei numeri seguenti.

Come esempio di tradizione manuale, si possono consultare i fatti di una decisione della corte di cassazione 21 Giugno 1820 (5). Si trattava della vendita di un bosco destinato ad essere tagliato, e si faceva giustamente risultare la tradizione manuale ed effettiva dall'essere il taglio cominciato, dall'avere il compratore stabilita una guardia per il taglio, ed aver pagato le contribuzioni.

280. 2° CON LA CONSEGNA DELLE CHIAVI degli edifizj che contengono le mercanzie vendute (6).

Ripeto che tale tradizione è reale, come la tradizione manuale; e quantunque i dottori non abbiano ravvisato in questo fatto, se non che un' allegoria, è evidente, che il compratore ha quind' innanzi in suo potere la cosa (7), poichè dessa non può essergli sottratta che per mezzo di scasso. Questa osservazione è importante. Perocchè nell' art. 1141 del codice civile si legge: « Se la cosa che taluno si è « obbligato di dare o di consegnare « successivamente a due persone, è « puramente mobile, quella tra di es- « se, *cui ne fu dato il possesso rea- « le* (8), sarà all' altra preferita, e re- « sterà proprietaria. » Ebbene! Si ammetta il sistema delle tradizioni simboliche e dei possessi finti, si dica che la consegna delle chiavi è una tradizione allegorica, e si giungerà ad un risultato inammissibile in dritto, ed intollerabile in fatto, cioè che quegli il quale avrà in propria mano le chia-

(1) Ulp., l. 77, Dig., *De rei vindicat.* Inst., *Per quas personas cuiq. acq.*, § 5. Ducaurroy, *Inst. expliq.*, n. 402.

(2) Cajo l. 9, § 5, Dig., *De acq. rer. dom.* Ducaurroy, *loc. cit.*, n. 401.

(3) *Supra*, n. 42, art. 1141 del cod. civ.

(4) *Supra*, n. 272.

(5) Dalloz, V *Choses.*

(6) Ved. sopra, n. 272, e Domat, p. 32, n. 6.

(7) Blondeau, *Crest.*, p. 250, n. 3.

(8) Sebbene possa dirsi che passa differenza tra il possesso e la tradizione, io credo che in questo testo il legislatore non parli del possesso che come sinonimo di tradizione. (Arg. da ciò che dice Blondeau, *loc. cit.*, p. 264, nota). Perciocchè l' epoca della tradizione è quella che decide.

vi, non adempierà le condizioni di possesso, che assicurano la preferenza tra due compratori (1). Vedesi ora quanto era necessario di dissipare i pregiudizii sopra tal quistione, e stabilire una teorta conforme alla verità.

Ma si obietterà, se esiste la sola tradizione reale e non la finta, che diviene la parola REALE, scritta nell'articolo 1141? Non sarà un'espressione parassita ed inutile? Deve mai supporsi che il legislatore abbia adoprato parole oziose, scelte a caso, senza annettervi alcun significato?

In primo luogo rispondo, che non si può con una parola isolata, da cui si trae un argomento *a contrario*, rovesciare un sistema che si basa sopra i fatti ed i principii.

E poi, è egli forse assolutamente necessario di supporre, che se il legislatore ha parlato del *possesso reale*, lo ha fatto per contrapporlo ad un possesso finto? Non si può rintracciare nella parola *reale* un significato più diretto e meno congetturale? Non è forse certo che fu adoprato per esprimere, che il possesso non deve esser dubbio ed equivoco di fronte ai terzi? Un possesso può essere realissimo, cioè esente da finzione (2), e malgrado ciò non presentare ai terzi un segno esterno che provi a chi appartiene. Vi vendo un orologio a pendolo che adorna la mia sala; la vendita è definitiva e perfetta, ma vi prego di lasciarmelo a titolo d'imprestito per otto giorni. Tra noi due, vi è senza dubbio cessione di possesso. Io posseggo per voi (3). Mi spoglio del possesso a titolo di proprietario, senz'ajuto di alcuna finzione. Ma dirimpetto ai terzi, il vostro possesso è equivoco ed incerto, non vi dimostra possessore; io solo pel mio possesso materiale e di fatto, apparisco esteriormente vero ed unico possessore. Se dunque ho la mala fede di rivendere quell'orologio ad un terzo, a cui ne fo la consegna, se gli trasferisco il possesso manuale che a voi manca, quel terzo vi sarà preferito, perchè il suo possesso è più caratterizzato, più certo, più intenso del vostro. Il possesso ha dei gradi. È più o meno completo, più o meno evidente, più o meno intenso. Ecco ciò che vuol significare l'art. 1141 del codice civile. Tra due possessi, dichiara preferibile quello pieno, evidente e certo, a quello che non lo è. Ma se una di quelle tradizioni, chiamate nell'antica giurisprudenza finte, e da me dette reali, è investita di un carattere di apparenza e di pienezza, abbastanza positivo per escludere i dubbii, siccome la consegna delle chiavi, tal tradizione prevarrà a quelle posteriori, quantunque prive di finzione. Il compratore potrà ripetere la cosa come rubata dalle persone cui ne sarà stata trasmessa la proprietà (4).

281. 3° MEDIANTE IL SOLO CONSENSO. Ciò avviene quando il compratore già possedeva la cosa per un altro titolo, per esempio, come depositario (5). Questo modo di tradizione si pratica anche quando la traslazione

(1) Anche Durantan opina che vi è possesso reale nel senso dell'art. 1141 (t. 16, n. 191, t. 9, p. 73, Ediz. Tarlier). Ma egli asserisce, e non discute.

(2) Vedasi nel de Savigny, cosa dagli interpetri del dritto Romano è stato chiamato *possessio ficta*. Chi non ha l'opera di quello scrittore, potrà consultare il compendio datone da Etienne (Introd. allo studio del dritto, p. 237).

(3) *Supra*, n. 277.

(4) *Supra*, n. 242. Ved. il n. seguente.

(5) *Supra*, n. 278.

della cosa non può farsi all'epoca della vendita per la lontananza dell' oggetto venduto, ed il venditore rilascia un ordine per la consegna.

È chiaro, che il possessore della cosa a titolo di deposito all'epoca della vendita che glie ne viene fatta, ha un possesso reale nel senso dell'art. 1141, e che questo genere di tradizione, sebbene qualificato di finto dagli antichi dottori, prevarrà sempre alle tradizioni posteriori. Questa proposizione è di una incontrastabile evidenza (1).

Sarà lo stesso nel caso in cui la tradizione non potendo effettuarsi al tempo della vendita, il venditore dà ordine che venga fatta? Il compratore possiede di fronte ai terzi?

Non lo credo. Senza dubbio, riguardo al venditore, la tradizione è reale. Munito dell' ordine di tradizione, il compratore escluderà il venditore, perverrà fino alla cosa, e se ne potrà impossessare. Nullostante, lo spoglio del venditore non è completo, perocchè detiene manualmente la cosa, può trasferirla, e porla in mano ad un terzo. Il consenso adunque non trasfonde nel compratore tutto il potere di fatto sulla cosa; non esaurisce tutte le realtà del possesso, ne lascia sussistere alcune nella persona del proprietario precedente; e siccome rapporto ai mobili, un possesso materiale è più apparente e più certo per i terzi di un possesso fondato sopra degli atti di volontà, è d'uopo decidere, che il nuovo compratore, effettivamente immesso nel possesso della cosa, sarà preferibile a quello che non ne avrà ottenuta la fisica disponibilità (2). Sia pur reale, sia pure utile il possesso del primo compratore, quello del secondo lo sarà vieppiù.

Gli art. 576, 577, 578 del codice di commercio, concorrono al sostegno di quest' opinione. Perocchè dalla loro combinazione risulta, che all'effetto di ritenere per CONSEGNATA la mercanzia, non basta che siasi spedita al compratore la fattura e la poliza di condotta (la quale è solamente un titolo per esigere la consegna della cosa dal vetturale) (3); ma è d' uopo che la merce sia uscita dai magazzini del venditore, e che sia in viaggio per conto del compratore.

282. 4° La tradizione dei mobili può farsi anche mediante la consegna dei documenti (4). Invero, l' art. 1606 non parla di questo modo di tradizione; ma il suo disposto non è tassativo.

Sopra tal materia fu ventilata la quistione che segue.

Un negoziante di Parigi ha delle merci in Marsiglia. Le vende a Parigi, e per comprovare la vendita che ne fa, rimette al compratore una fattura, in calce della quale scrive queste parole, *per quitanza*, e firma. È questa una tradizione nel senso della legge?

Merlin sostiene la negativa (5) per due ragioni. La prima è, che la consegna dei documenti non avviene *in rei præsentia;* ma abbiamo provato, che questa non è ammissibile (6); quindi non ce ne occuperemo. La seconda si è, che la consegna del documento avrebbe dovuto aver per oggetto gli atti comprovanti la compra di queste

(1) *Junge*, Duranton, t. 16 (Ed. Tar., t. 9), n. 191.
(2) Tale è il parere di Duranton, *loc. cit.*, n. 192.
(3) Pardessus, n. 1290. Dalloz, V *Faillite*. Toulouse 19 Décembre 1826 (Dall., 27, 2, 175).
(4) N. 276.
(5) Merlin, Rép., V *Tradition*.
(6) *Supra*, n. 272.

merci anteriormente fatta dal venditore, e non l'atto istesso con cui egli vendeva. *Non autem per traditionem instrumentorum ipsius venditionis.*

Io adotto integralmente questa opinione. Vedansi i motivi che ne ho addotti al n. 276. Ripeto che il venditore nulla fa per ispogliarsi del possesso. Non rinunzia intieramente alla cosa, giacchè conserva i documenti che la riguardano. S'egli rimette al compratore una prova del contratto, nulla gli rimette che ne provi l'esecuzione.

Ora, perchè il compratore sia investito del possesso, occorre la consegna dei documenti di proprietà della cosa.

Ma questa tradizione, sebbene reale ed efficacissima tra le parti, sarà essa sufficiente per adempire le condizioni dell'art. 1141 del codice civile? Il compratore, in simil guisa munito del possesso, potrà conseguire la preferenza sopra quegli che fosse stato in seguito investito della cosa, mediante un possesso più efficace?

Tale quistione si risolve con i principii dichiarati nel n. precedente (1).

283. 5° Vi è tradizione ed apprensione reale, non solo tra le parti, ma eziandio riguardo ai terzi, quando il compratore marca la cosa col proprio sigillo, quantunque la lasci ov'è, e non la porti seco (2).

284. 6° Già si è detto (3) che nella vendita di merci che non si fa in massa, la tradizione non si opera che mediante il peso, la numerazione, e la misurazione, fatte in contraddittorio.

285. Vediamo ora per la tradizione dei dritti incorporei.

Per il dritto Romano, i dritti incorporei non erano suscettibili di possesso. Secondo il giureconsulto Paolo, non potevasi possedere che la cosa corporea, *possideri autem possunt quæ sunt corporalia* (4), ed un dritto incorporeo non era suscettibile di possesso, *quia nec possideri intelligitur jus incorporale* (5). Non pertanto, siccome questi dritti procurano un vantaggio reale, chiamavasi *quasi possessio*, il loro godimento ed il loro uso (6).

Nel dritto Francese, non si osservano queste sottigliezze, e noi crediamo che si possa possedere un dritto incorporale (7) come una cosa (8).

Si possiede una servitù, un usufrutto, un dritto d'uso, e vi è tradizione di tali dritti, quando quegli a vantaggio del quale sono ceduti, ne gode realmente col consenso del proprietario. « *Ego puto usum hujus juris pro traditione possessionis accipiendum esse* (9). »

Lo stesso dicasi di un credito. L'uso del dritto che accorda, esercitato col consenso del proprietario e del de-

(1) Nell'antica giurisprudenza si statuiva, che quegli il quale aveva un possesso manuale, non doveva preferirsi a chi aveva soltanto un possesso non manuale (Pothier, *Vente*, n. 322. Fabro, C. lib. III, t. 22, def. 4). Tal decisione però aveva forza soltanto in materia d'*immobili*, e di più la quistione era controversa (Despeisses, p. 35, n. 25).

(2) L. 14, § 1, *De peric. et com. rei traditæ*. Decisione della corte di cassaz. 15 Gennajo 1828 (Dal., 28, 1, 90). *Supra*, n. 103.

(3) N. 93.

(4) L. 3, Dig., *De acq. possess.*

(5) L. 4, § 27, Dig., *De usurpat.*

(6) Ulpiano, l. 23, § 2, Dig., *Ex quibus causis majores*, e l. 10, Dig., *Si servitus vindic.* Ved. Blondeau, *Crest.*, p. 474.

(7) Art. 2228 del codice civile.

(8) Talvolta, anche nei giureconsulti Romani, si trova la locuzione, *jus possidere*. La forza delle cose trionfava della sottigliezza scientifica. Celso, l. 7, Dig., *De itinere*. Ulpiano, l. 2, Dig., *Com. prædior.* Lo stesso, l. 2, § 3, Dig., *De precar.*

(9) L. ult., Dig., *De servit.* L. 16, Dig., *Si servitus vindic.* Art. 1607. Domat, p. 32, n. 9. Duranton, t. 16 (Ediz. Tarlier, t. 9), n. 192.

bitore, è una tradizione positiva e palpabile.

Ma la tradizione non si opera soltanto coll'esercizio del dritto; abbiamo testè veduto che bastava, perchè vi fosse tradizione, di essere in grado di goderne a suo piacimento.

Per trasferire questa facoltà di usare di un dritto incorporeo, l'articolo 1607, d'accordo con l'art. 1689, somministra un mezzo facile: la consegna del documento.

Rinasce qui la quistione da noi promossa ai n. 275 e 282. Di qual documento intende parlare la legge? Forse di quello della cessione, intervenuta tra il cedente ed il cessionario?

Niente affatto, ed è forza convincersene leggendo l'articolo 1689. « La « cessione ad un terzo di un credito, « di un dritto o di un'azione, si ese- « guisce tra il cedente ed il cessiona- « rio, mediante la consegna del do- « cumento che lo comprova. » È chiaro che il documento contemplato dal legislatore è quello di cui il cedente è munito contro il terzo.

286. Ma è rimarchevole in questa materia, che nella cessione di un credito, di un dritto o di un'azione contro alcuno, la consegna del documento non è sufficiente ad operarne gli effetti contro i terzi. È d'uopo inoltre che il cessionario abbia notificato la cessione al debitore, o che il debitore abbia accettato la cessione in un atto antentico. Torneremo sopra questa materia, occupandoci degli articoli 1690 e 1691 del codice civile.

287. A norma della giurisprudenza in vigore nei paesi di dritto scritto, si decideva che tra varj cessionarii di un medesimo credito, dovesse preferirsi quello, il di cui titolo era anteriore. La ragione addottane si è, che in materia di credito, la tradizione non era necessaria (1), e non poteva essere di alcun vantaggio a chi l'aveva. Così decidono Bacquet (2), Ferrière sopra Guy-Pape (3), Despeisses (4), e così giudicarono varie decisioni del parlamento di Tolosa.

Ma Pothier, che scriveva sotto l'influenza dell'art. 108 dello statuto di Parigi, conforme all'art. 1690 del nostro codice civile, decide, che se il cedente, dopo aver trasferito il suo credito ad un primo cessionario, ha la mala fede di trasferirlo al secondo che sia più diligente del primo a notificare la cessione al debitore, questo secondo cessionario sarà preferito al primo, salvo a questo il suo regresso contro il cedente (5).

ARTICOLO 1608.

Le spese della tradizione sono a carico del venditore, e quelle del trasporto appartengono al compratore, se non vi è stata stipulazione in contrario (6).

SOMMARIO.

288. Le spese della tradizione sono a carico del venditore. Perchè. In che consistano queste spese.
289. Le spese di trasporto sono a carico del compratore.
290. Le convenzioni particolari possono disporre diversamente.

(1) L. 3, Dig., *Pro socio.*
(2) *Traité du droit de déshérence*, cap. 5, n. 9.
(3) Sulle quistione 1, n. 12.
(4) *De l'Achept.*, p. 38, col. 2.
(5) Pothier, *Vente*, n. 558. Ved. *infra*, n. 888 e 889.
(6) Quest'artic. è estratto da Pothier, *Vente*, n. 42.

COMENTO.

288. Abbiamo detto al n. 262, che il venditore ha l' obbligo di consegnare la cosa. Ne deriva, che se tale consegna esige qualche spesa, egli solo deve sopportarla (1).

Perciò, se la cosa venduta è vincolata da un legame obbligatorio, da cui è d'uopo discioglierla per operare la tradizione, le spese di tal liberazione sono a carico del venditore (2).

Parimente, la misurazione, la numerazione ed il peso, necessarii a consumare la tradizione, si fanno per legge a spese del venditore (3). Nullameno, nella pratica, e per una convenzione sottintesa in alcuni luoghi per i contratti di tal genere, le spese di misurazione, numerazione e peso, si dividono per metà tra il venditore ed il compratore. Tale è l'uso di Nancy e di tutta la Lorena, per la misurazione del grano venduto, e per la tradizione delle legna da ardere. In altri luoghi, le spese sono a carico del compratore.

Finalmente, se la merce trovasi in magazzini lontani dalla città ove si è contrattato, il venditore deve a sue spese stabilire alcuno sul luogo per fare aprire le porte al compratore che andrà a riceverne la consegna (4).

289. Ma compita la tradizione, il trasporto concerne il compratore. Deve quindi farlo eseguire a sue spese, perchè è di suo interesse (5). Spetterà ad esso il pagare le spese d'imballaggio, di caricazione e di trasporto, come pure la spesa del transito per la circolazione dei vini (6).

290. Le stipulazioni particolari possono derogare alle regole generali stabilite ai n. 288 e 289.

ARTICOLO 1609.

La tradizione della cosa che formò il soggetto della vendita, deve farsi nel luogo dove quella esisteva al tempo della vendita stessa, quando non siasi diversamente pattuito (7).

SOMMARIO.

COMENTO.

291. Vi sono delle regole per *il luogo ed il tempo* della tradizione. L'articolo presente si occupa di ciò che riguarda il luogo.

(1) Pothier, *Vente*, n. 42.
(2) L. 5, C. *De evict.* Pothier, *Vente*, n. 42.
(3) Pothier, n. 44. *Infra*, n. 334 e 345.
(4) Pothier, *Vente*, n. 46.
(5) Ved. *infra*, n. 291.
(6) Legge del 5 Ventoso anno XII, art. 59 e 60 (Bull., n. 3610). Pothier voleva che questi dazj fossero a carico del venditore, n. 43.
(7) Quest'artic. è estratto da Domat, p. 35, n. 15, e da Pothier, *Vente*, n. 52.

Per legge, la cosa mobile venduta è da riceversi. Quando il contratto tace sul luogo della tradizione, deve farsi nel luogo ove la cosa trovavasi all' epoca della vendita, ed il compratore deve farnela trasportare a sue spese, come abbiamo veduto al n. 289. Il venditore non può, senza giusta causa, traslocare l' oggetto mobile venduto, e rendere in conseguenza il trasporto assai più difficile e dispendioso per il compratore. Se lo fa, deve indennizzare quest' ultimo della maggiore spesa che sarà occorsa per il trasporto (1).

292. Se il luogo della tradizione è stato pattuito, il compratore non è tenuto a riceverla altrove, nè il venditore è obbligato a consegnarla in altro luogo (2).

ARTICOLO 1610.

Se il venditore omette di fare la tradizione nel tempo tra le parti convenuto, potrà il compratore chiedere a suo arbitrio, o la resoluzione del contratto, o la immissione in possesso della cosa venduta, se il ritardo procede dal fatto del venditore (3).

SOMMARIO.

293. Del tempo della tradizione. 1º Del caso in cui il tempo è stato fissato nel contratto. Il compratore ha il dritto di coazione *manu militari*, con più i danni ed interessi, o il dritto di chiedere la resoluzione.

294. Ma il caso dalla forza maggiore può esonerare il venditore dalla sua obbligazione, e determinare i giudici a concedergli una dilazione. La forza maggiore può altresì esonerare il vendilare da qualunque tradizione. *Quid*, se spirato il termine, il compratore riceve la cosa senza querelarsi? Esiste una causa che si oppone alla dimanda della resoluzione, o dei danni ed interessi?

295. 2º Del caso in cui il contratto non contiene alcun termine. Il venditore può attendere che il compretore si liberi dal prezzo, e chieda la tradizione.

COMENTO.

293. Eccoci a trattare del tempo della tradizione.

Se il tempo è stato fissato dal contratto, il venditore dev'esser diligente a non oltrepassarlo.

Se lascia scorrere il termine senza eseguire la sua promessa, il compratore può costringerlo a metterlo in possesso con la condanna in tutti i danni ed interessi (4).

La sentenza che ordina l' immissione in possesso, equivale alla tradizione che il venditore avrebbe dovuto, e che ha ricusato di fare (5), ed in caso di resistenza a quest' ordine della giustizia, il venditore potrà esser coatto *manu militari* (6). Perocchè questa non è un' obbligazione di fare che si risolva nei danni ed interessi; ma è ùn' obbligazione di dare,

(1) Pothiar, *Vente*, n. 52. L. ult. Dig., *De condict. trit.* L. 22, Dig., *De reb. cred.*

(2) Pothier, *Vente*, n. 51.

(3) Quest' articolo è estratto da Pothier, n. 49, e da Domat, pag. 35, n. 14 e seg. Vedasi l' articolo 1657, che ne è il correlativo.

(4) Pothier, *Vente*, n. 49. Ved. l' art. 1611.

(5) Fabro oratore del tribunato (Locré, t. 7, p. 92).

(6) Vedasi in questo senso la dissertazione di Pothier, *Vente*, n. 68.

che deve adempirsi con lo spoglio completo del venditore.

Se il compratore lo preferisce, invece di chiedere l'immissione in possesso, può dimandare la resoluzione del contratto (1).

La resoluzione deve dimandarsi in giudizio; essa non avviene pel solo ministero della legge (2).

Ne abbiamo altrove accennato la ragione (3). Ed è, che qui si tratta di un patto resolutivo tacito, e che nel sistema del codice civile, quando la legge pronunzia la resoluzione per inadempimento delle convenzioni, non la pronunzia mai *ex jure*, ma prescrive che la resoluzione sia chiesta in giudizio, e possa concedersi un termine al debitore a norma delle circostanze.

Ma se le parti avessero espresso il voto, che la vendita si sciogliesse per mancanza di tradizione al tempo determinato, il giudice non potrà verificare le cause del ritardo, nè concedere una proroga del termine. Il contratto sarà virtualmente sciolto per l'inadempimento della stipulazione (4).

294. Se però il venditore fosse stato impedito da qualche avvenimento di forza maggiore, o da casi imprevisti, sarebbe libero da qualunque responsabilità di danni ed interessi (5), ed eziandio da ogni dimanda di resoluzione. Quindi la corte di cassazione giudicò, con decisione del dì 8 Ottobre 1807, che il ritardo occasionato nella consegna dall' improvviso gonfiare delle acque, non poteva dar vita alla clausola resolutiva, o che almeno la corte regia aveva potuto basarsi sopra questa circostanza per concedere una proroga al venditore all' oggetto di far la tradizione (6).

Inoltre, la forza maggiore può esonerare affatto il venditore dalla tradizione; per esempio, quando la cosa gli è stata violentemente sottratta.

Così decide Nerazio nella leg. 31, Dig., *De act. empt.*, « Si ea res quam « ex empto præstare debebam, vi mi- « hi adempta fuerit, quamvis eam cu- « stodire debuerim, tamen propius « est, ut nihil amplius quam actiones « persequendæ ejus præstari a me « emptori oporteat, QUIA CUSTODIA « ADVERSUS VIM PARUM PROFICIT. Actio- « nes autem eas non solum arbitrio, « sed etiam periculo tuo tibi præstare « debebo, ut omne lucrum et dispen- « dium te sequatur. » Questo testo è la sorgente dell'art. 1303 del cod. civ.

Al compratore adunque resterebbe soltanto un' azione da esercitare a suo risico e pericolo.

Tuttavia, se la cosa fosse perita per colpa o per dolo del venditore, questi non sarebbe libero dalla sua obbligazione. Tal perdita sarebbe pel compratore una causa di danni ed interessi (7).

Lo stesso avverrebbe, se la perdita fosse accaduta dopo il ritardo del venditore (8), giacchè allora la cosa sarebbe a carico suo (9). L'art. 1137 del codice civile, determina quando il compratore è costituito *in mora*.

Un altro motivo che potrebbe liberare il compratore da ogni dimanda di resoluzione, o di danni ed interessi, sarebbe, se spirato il termine, il

(1) *Ibid.*
(2) Art. 1184 del codice civile.
(3) *Supra*, n. 61.
(4) *Supra*, n. 61.
(5) Molinèo, *De eo quod int.*, n. 187. Pothier, n. 49.
(6) Dalloz, *Vente*, p. 864, nota 2.
(7) Pothier, *Vente*, n. 57.
(8) Art. 1138 del codice civile.
(9) *Infra*, art. 1624.

compratore avesse ricevuto la cosa senza far doglianza. Con decisione 4 Aprile 1808, la corte di Liegi, giustamente apprezzando questa causa di esclusione, decise che il negoziante il quale dispone delle merci da lui comprate, benchè giunte posteriormente al termine convenuto tra le parti, non può prevalersi della mancanza di tradizione al termine stabilito (1).

295. Se nel contratto non fu fissato il termine per far la tradizione, il venditore deve consegnare la cosa, tostochè il compratore che ha pagato il prezzo chiede che gli sia consegnata (2).

ARTICOLO 1611.

In tutti i casi, il venditore dev' essere condannato al risarcimento dei danni ed interessi, qualora dalla tradizione non fatta nel tempo convenuto, ne risulti un pregiudizio al compratore (3).

SOMMARIO.

296. Dei danni ed interessi che il compratore può chiedere per mancanza di tradizione.
297. Misura di questi danni ed interessi.
298. Essi consistono nel lucro perduto, e nella perdita sofferta *circa rem ipsam*. Applicazione di questa regola quando vi è resoluzione del contratto, e mancanza assoluta di tradizione.
299. 1° Esempio tratto dal giureconsulto Paolo, e relativo al prodotto sperato da una speculazione commerciale. Danno sofferto *extrinsecus*.
300. *Quid*, se nel contratto, le parti previdero, o si presume che abbiano previsto questo beneficio di speculazione?
301. Altri esempii. Danni sofferti *circa rem ipsam*.
302. Regole di valutazione, se la cosa venduta è qualcosa d' incerto.
303. *Quid*, se in tal caso il venditore è impedito da forza maggiore.
304. Il venditore dev' essere costituito *in mora*, per esser debitore dei danni ed interessi. Eccezioni. Casi nei quali è *in mora* per ministero della legge.
305. Applicazione della regola stabilita al n. 298, nel caso in cui non vi è dimanda di resoluzione.
306. 1° *Quid*, se vi fu forza maggiore dopo la mora?
307. 2° *Quid*, se il prezzo è ribassato dopo la mora?
308. 3° Spese occorse dal ritardo al compratore.
309. 4° *Quid*, rapporto ai frutti? § Dei danni sofferti *extrinsecus*.

COMENTO.

296. Abbiamo detto al n. 293, che il compratore a cui la tradizione non è fatta nel termine convenuto, ha dritto di chiedere la prestazione dei danni ed interessi, se il ritardo gli cagiona un pregiudizio. Siffatta regola di equità è consacrata dall' articolo presente (4).

Il compratore che ha costituito *in mora* il venditore, può chiedere cumulativamente la tradizione della cosa, e i danni ed interessi.

Ovvero, può solamente pretendere la refezione dei danni ed interessi, se la vendita è resoluta, o se egli vuol recederne (5). In quest' ultimo caso,

(1) Dalloz, *Vente*, p. 864, nota 1.

(2) Pothier, *Vente*, n. 50.

(3) Quest' articolo è preso da Domat, p. 35, n. 16.

(4) Ulpiano istesso l' aveva detto nella leg. 1, Dig., *De cont. empt.*

(5) Domat, p. 36, n. 19. Pothier rimprovera giustamente a Domat di non essersi formato delle idee giuste sull' estensione dell' azione *ex empto in id quod interest* (Vendita, n. 69). Domat, spirito saggio e retto, era però troppo lontano dall' eguagliare Pothier nella cognizione profonda delle leggi Romane, e delle dottrine dei giureconsulti del secolo XVI.

l'azione *ex empto*, esercitata dal compratore, ha due oggetti: 1° la restituzione del prezzo che fosse stato pagato, o la liberazione da quello che rimanesse tuttora a sborsare; 2° il pagamento di tuttociò che il compratore soffre inoltre per la mancanza della tradizione. Quest'è ciò che deve veramente chiamarsi danni ed interessi, perchè ciò che riguarda il prezzo, forma l'oggetto principale, e deriva dalla convenzione istessa; mentre che i danni ed interessi, sono un accessorio indipendente dall'obbligazione principale, e derivante da una mancanza di esecuzione (1).

297. La condanna nei danni ed interessi, dev'essere misurata sul pregiudizio sofferto dal compratore pel rifiuto, o pel ritardo del venditore, *procacia venditoris* (2). Secondo Ulpiano, i danni ed interessi possono talvolta superare il prezzo della cosa (3). È possibile infatti, che il compratore avesse un tal bisogno dell'oggetto venduto, che il suo possesso avesse per lui un interesse superiore anche al suo valore. Così dice Cujacio comentando Ulpiano (4): « *Quod quidem interdum excedere vel egredi pretium rei; pretium scilicet verum vel pretium conventum, ut puta si pluris intersit rem tradi quam res valeat vel empta sit.* »

298. È regola non doversi comprendere nel calcolo dei danni ed interessi, fuorchè la perdita sofferta, ed il lucro perduto *circa rem ipsam* (5); perciò non dee considerarsi tutto quello che deriva da motivi di danni più remoti ed imprevisti.

Le leggi Romane tanto ricche sulla materia della vendita, ci somministrano degli esempii preziosi per l'applicazione di questa regola. Esaminiamo dapprima i danni a cui si può esser tenuti, quando per *mancanza assoluta* di tradizione, si fa luogo alla resoluzione della vendita. In seguito parleremo di quelli che sono dovuti per la *mora* nella tradizione.

299. Lasciamo riferire dal giureconsulto Paolo il primo caso (6).

Compro del vino per rivenderlo, e non mi vien consegnato al termine convenuto. Non avrò dritto ad essere indennizzato per non avere, a causa della mancanza di tradizione, ricavato dalla mia speculazione i benefizii che ne sperava. « Neque enim si potuit ex vino (puta) negotiari et lucrum facere, id æstimandum est »; codesto è un danno estrinseco, e non previsto nelle ordinarie contrattazioni (7). Il venditore non sarebbe tenuto, fuorchè se fosse reo di dolo e di contumacia fraudolenta (art. 1150 del codice civile) (8). Ma la semplice costituzione in mora, la semplice colpa, non basterebbe ad estender tant'oltre la sua responsabilità (9).

Parimente, se compro dei foraggi, e che la mancanza della tradizione abbia fatto soffrire la fame ai cavalli che

(1) *Infra*, n. 500.

(2) Diocl. e Massim., l. 5, *De act. empt.*

(3) L. 1, Dig., *De act. empt.*

(4) Recit. solemn., sulla l. 1, Dig., *De act. empt.*

(5) Paolo, l. 21, § 3, Dig., *De act. empt.* Pothier, *Vente*, n. 70.

(6) Paolo, *loc. cit.*

(7) Ved. le l. ult., Dig., *De peric. et com. rei vendita.* Esso esclude dai danni ed interessi anche il prodotto speculativo, ed il valore straordinario che il commercio può ricavare dalla cosa.

(8) Pothier, *Oblig.*, n. 166, 169. Malinèo, *De eo quod interest*, n. 155. Toullier, t. 6 (l. 3, Ed. Tar.), n. 287. Duranton, t. 10 (t. 6, Ediz. Tar.), n. 470. Delvincourt, t. 2, p. 532, note.

(9) Pothier, *Oblig.*, n. 169.

ho nella mia stalla, non avrò dritto di chiedervi il valore di quelli tra' miei cavalli che ne saranno morti (1); questi danni sono troppo remoti e troppo imprevisti, perchè ne siate responsabile; *ut non sit cogitatum a venditore de tanta summa* (2).

La vostra obbligazione consiste nel pagarmi il valore della cosa al prezzo più alto per cui sarò stato costretto di comprarla, sia per dar corso alla mia speculazione, sia per assicurare il nutrimento dei miei cavalli (3).

300. Si noti però, che se risultasse dalle circostanze, che i danni sofferti *extrinsecus*, sieno stati preveduti espressamente o tacitamente all'epoca del contratto, il venditore sarebbe tenuto a pagarli (4).

A cagion d'esempio, vi chiedo una partita di mercanzie, notiziandovi che le teniate a mia disposizione per la fiera che deve aver luogo nella tale epoca nella vostra città, ed alla quale conto di portarmi per una speculazione, cui mi accingo. Se voi mancate di farmene la tradizione, potrò costringervi ad indennizzarmi dei lucri probabili che avrei fatti se avessi avuto la mercanzia, della quale per vostra negligenza sono rimasto privo. Perocchè, sebbene questi sieno danni da me sofferti *extrinsecus*, pure la precauzione che ho avuta di farvi conoscere l'interesse urgente che io aveva di disporre della cosa all'epoca indicata, ha bastato per avvertirvi della perdita che mi cagionereste non consegnandomela. Questi danni, sebbene estrinseci, sono adunque stati preveduti all'epoca del contratto, e tale è la differenza che passa tra questa specie e quella che non ha guari, Paolo ci ha configurata (5).

301. Vediamo ora alcuni esempj di danni sofferti *circa rem ipsam*.

Se vi siete obbligato a consegnarmi delle derrate, e che mentre voi differite l'esecuzione del contratto, il loro prezzo aumenta, sarete tenuto a pagarmi, a titolo di danni ed interessi, la differenza tra il prezzo attuale ed il prezzo convenuto. La ragione di ciò è evidente. Se aveste adempita la vostra obbligazione, avrei in mio potere quelle merci, e potrei profittare del benefizio prodotto dall'aumento dei prezzi. Ma il vostro ritardo mi fa soffrire una perdita per la necessità in cui mi ponete di comprare la mercanzia ad un prezzo più alto di quello che era stato tra noi convenuto (6).

Nel modo stesso, avete promesso di consegnarmi un fondo ad un'epoca convenuta. A datare dal giorno della mora, mi siete debitore non dei frutti che ne avete ricavati, ma di quelli che avrei percetti, se ne avessi avuto il possesso (7) (*lucrum cessans*); lo che deve intendersi non dei prodotti speculativi, ma di ciò che la cosa avrebbe naturalmente prodotto secondo la sua attuale destinazione nelle mani del compratore (8).

Tra i danni ed interessi dovuti *circa rem ipsam*, devonsi comprendere le spese di contratto e di registro, sborsate dal compratore, le spese di

(1) Paolo, *idem.* Domat, p. 36, n. 18.

(2) L. 43, D., *De act. empt.* Art. 1150 del cod. civ.

(3) Paolo, l. 21, § 3, Dig., *loc. cit.*, e la nota di Gotsfredo.

(4) Art. 1150, Pothier, *Vente*, n. 74.

(5) Arg. delle l. 2, § 8, D., *De eo quod certo loc.*

(6) Paolo, *loc. cit.* Pothier, *Vente*, n. 72. Domat, n. 17.

(7) Pothier, *Vente*, n. 80. Domat, n. 17, l. 62, § ult., Dig., *De rei vindic.* L. 4, C. *Unde vi.* L. 31, § 1, Dig., *De act. empt.*

(8) Se però vi fosse dolo, Ved. n. 299.

viaggio per vedere il fondo, le spese di perizia per farlo stimare (1).

302. Se l'oggetto della vendita fosse qualcosa d'aleatorio, come un getto di rete, Celso assegna le regole seguenti di valutazione (2).

Se il pescatore ha tirato la sua rete, e ricusa di consegnare il pesce in essa contenuto, i danni ed interessi saranno calcolati sulla quantità di pesce estratto dall' acqua. « Id æstimari debet quantum quod extraxit. »

Ma se il pescatore non ha voluto gettare la rete, *INCERTUM ejus rei æstimandum est*, cioè si dovrà approssimativamente stimare il prodotto del getto di rete, uniformandosi a ciò che succede ordinariamente, ed al solito dei pescatori (3).

303. Se la tradizione è impedita da una forza maggiore prima della costituzione in mora, come per esempio, se una tempesta costringe il pescatore a rimanere nel porto, ovvero se la cosa venduta è rubata o perita, il venditore non sarà tenuto a veruna refezione di danni ed interessi (4). Tuttavia la perdita dovrebbe avvenire senza dolo, nè colpa del venditore (5).

304. All' effetto che il venditore sia tenuto dei danni ed interessi, è d'uopo, come abbiamo superiormente detto (al n. 296), che sia costituito in mora (6) mediante una intimazione, od altro atto equivalente (art. 1139 e 1146). Del che è tanto più evidente la ragione, in quanto che nella vendita, la cosa bisogna che sia domandata. Spetta al compratore andare a riceverla al luogo ove si trovava all'epoca del contratto (art. 1609) (7). È dunque necessario ch' egli significhi di esser colà per dimandarla e per farne il trasporto.

Questa regola soffre due eccezioni.

La prima, qualora sia stato stipulato che senza bisogno di alcun atto, o per la sola scadenza del termine, il debitore sarà in mora (art. 1139).

La seconda, quando risulta dalle circostanze, che la cosa che il venditore si è obbligato conseguare, non poteva rimettersi al compratore se non che in un dato tempo ch' esso lasciò trascorrere (art. 1146).

Per esempio, ho venduto ad un commerciante delle merci, e prometto di spedirgliele la vigilia di una data fiera, in cui aveva occasione di venderle. Lascio scorrere il tempo della fiera senza far la consegna. Sarò di dritto in mora per effetto della sola scadenza del termine; perchè quel mercante non aveva bisogno delle merci, che per farne assortimento all' epoca convenuta, scorsa la quale divenivano per lui piuttosto imbarazzanti che utili (8). Potrà dunque chiedermi la prestazione dei danni ed interessi, a norma delle regole che abbiamo stabilite al n. 299.

305. Dopo aver parlato dei danni ed interessi per la mancanza assoluta della tradizione, e quando il compratore chiede la resoluzione della vendita, occupiamoci di quelli che sono dovuti per ritardo nella tradizione, quando il compratore insiste per ave-

(1) Pothier, *Vente*, n. 71.

(2) L. 12, Dig., *De act. empt.*

(3) Accursio e Gotofredo, sopra questa legge.

(4) L. 31, Dig., *De act. empt.* Nerazio.

(5) Inst., *De empt.*, § 3. Ducaurroy, *Inst. expliq.* t. 8, n. 1041.

(6) Domat, p. 35, n. 16: « *Se il venditore è moroso a far la tradizione della cosa venduta*, sarà obbligato pei danni ed interessi del compratore. »

(7) *Supra*, n. 291. Duranton, t. 10, n. 466.

(8) Pardessus, t. 2, p. 296. Merlin, Répert., V *Demeure*.

re la cosa. È d'uopo tuttora supporre che il venditore sia moroso.

Quattro fonti principali di danni si presentano d'ordinario, e necessitano l'esame di quattro ipotesi: deteriorazione materiale della cosa venduta, diminuzione nel suo valore, spesa direttamente occasionata dal ritardo, prodotti che il compratore avrebbe ricavati dalla cosa.

306. 1° Se la cosa è stata deteriorata da una forza maggiore, dopo che siete moroso a consegnarmela, siete obbligato a indennizzarmi della deteriorazione (1).

Questa decisione non dev' essere estesa al caso in cui la forza maggiore avrebbe egualmente percosso la cosa, se si fosse trovata in mia mano (2); per esempio, se un fulmine avesse rovesciato un'ala del castello da voi vendutomi; se un'improvvisa inondazione avesse rotto gli argini ed allagato il terreno (3).

Se però io facessi il commercio dei beni immobili, e che avendo comprato il vostro fondo per rivenderlo immediatamente, il sinistro è successo mentre che il vostro ritardo m'impediva d'intraprendere tale speculazione, sarete tenuto della forza maggiore; perchè avrei avuto il tempo di rivendere innanzi l'accidente, e non debbo soffrire per la vostra negligenza.

307. 2° Sono dovuti i danni ed interessi, quando la cosa è diminuita di prezzo mentre che il venditore era moroso a consegnarla.

Vi vendo del vino a 1000 fr. per botte. Dopo il contratto, aumenta di 200 fr., e voi mi costituite moroso alla consegna. Facendovene tosto la tradizione, avreste potuto rivenderlo 1200 fr. per botte. Ma vi fo aspettare, ed il vino ricade a 1000 fr. Io sarò condannato a rifarvi 200 fr. per botte.

Se però il compratore non fosse mercante, e non fosse dimostrato che dal mio ritardo avesse risentito un pregiudizio reale, non vi sarebbe luogo ai danni ed interessi.

308. 3° Il venditore deve indennizzare il compratore di tutte le spese cagionategli dal ritardo, come se aspettando che mi consegnaste i cavalli da voi vendutimi, fui costretto prenderne altri a nolo, lo che non avrei fatto se aveste mantenuto la vostra parola. Tali spese debbono tassarsi con moderazione (4).

309. 4° Finalmente il venditore moroso è tenuto non solo pei frutti effettivamente percetti, ma ancora per quelli che il compratore avrebbe percetti se fosse stato in possesso. Per la sana intelligenza di questo principio è d'uopo riferirsi a ciò che ho detto al n. 301.

§. Rapporto ai danni sofferti *extrinsecus*, ai prodotti speculativi della cosa, ai prezzi straordinarii che ne trae il mercante, nulla abbiamo da aggiungere a ciò che abbiamo detto ai n. 299 e 300. Essi sono dovuti solamente quando fossero stati previsti all'epoca del contratto, o la mora del venditore fosse degenerata in contumacia dolosa.

(1) L. 12 e 14, *De peric. et com. rei venditæ.*
(2) Art. 1302 del codice civile.
(3) Pothier, *Vente*, n. 75.
(4) Pothier, *Vente*, n. 75.

ARTICOLO 1612.

Il venditore non è tenuto a consegnare la cosa, quando il compratore non ne paghi il prezzo, ed il venditore non gli abbia accordata dilazione al pagamento (1).

SOMMARIO.

310. Il venditore non è tenuto a far la tradizione, se il compratore, che non ha termine, non paga.
311. Il compratore non deve pagare una porzione del prezzo; bisogna che si liberi intieramente per ottenere la tradizione. L' obbligazione di pagare il prezzo è indivisibile. Inconvenienti delle comunioni.
312. Ma se il compratore ha termine, può ottenere la tradizione senza pagare. *Quid*, se il compratore è prossimo a fallire? Rinvio.

COMENTO.

310. La vendita contiene delle obbligazioni sinallagmatiche, e non è giusto che uno sia obbligato adempire le sue, mentre l' altro se ne libera (2).

Per tal motivo il nostro articolo dispensa il venditore dal consegnare la cosa, finchè il compratore che non ha termine, non paga il prezzo.

Questa disposizione è presa dalle leggi Romane. « OFFERRI (3) pretium, » dice Ulpiano, venditori ab emptore « debet, quum ex empto agitur, et » ideo *etsi pretii partem* offerat, non« dum ex empto est actio. Venditor « enim QUASI PIGNUS retinere potest « eam rem quam vendidit (4). »

Tertulliano istesso (5) ha ripetuto nei suoi libri cristiani questa massima dei giureconsulti, la scienza dei quali non è mai tanto bella, come quando va d' accordo con la morale; « *ineptum est pretium non exhibere, manum ad merces mittere.* »

311. Come abbiamo veduto dalla legge Romana succitata, non basterebbe che il compratore offrisse una parte del prezzo, ma deve offrirlo intiero, senza di che il venditore sarebbe autorizzato a ritenere totalmente la cosa. Perocchè la cosa venduta e non consegnata, serve di pegno in mano del venditore per il pagamento del prezzo, ed il titolo del pegno non essendo divisibile, occorre per liberarsi, che il debitore paghi fino all'ultimo obolo, *ad nummum unum duntaxat* (6).

In conseguenza, se il compratore fosse trapassato ed avesse lasciato due eredi, uno di loro non potrebbe chiedere la metà della cosa venduta, offrendo la metà del prezzo (7). I due eredi debbono concertarsi; oppure se uno solo chiederà la tradizione, dovrà offrire l' intiero prezzo, salvo a tenerne conto nella divisione dell'ere-

(1) Quest'art. è tolto da Pothier, *Vente*, n. 63.

(2) Ved. *infra*, n. 592, 593.

(3) *Offrire il prezzo!!* Questo non contradice a ciò che dico nel n. 593, che il venditore deve offrire la cosa. Qui Ulpiano suppone che il compratore agisca *ex empto*. Colà noi supponiamo che il venditore agisca *ex vendito*. Ora, come dice Voet (Ved. *loc. cit.*), l'attore deve pel primo sodisfare alla sua obbligazione.

(4) L. 13, § 8, Dig., *De act. empt.*

(5) *De pœnitentia.*

(6) Cujac., Recit. solen., sulle leg. 13, § 8, Dig., *De act. empt.*

(7) L. 78, § 2, Dig., *De cont. empt.*

dità; allora il venditore farà la tradizione del totale, prendendo la precauzione di farsi esibire un mandato rilasciato dal coerede, precauzione necessaria, acciocchè quegli dei due eredi che riceve la cosa, non abusi della tradizione che gli vien fatta, e non dia occasione ad un'istanza del suo coerede contro il venditore (1).

Per giustificare la sua offerta di parte del prezzo, l'erede attore non potrebbe dire che il prezzo è un debito della successione, e che i debiti si dividono di dritto tra gli eredi, in guisa tale che ciascuno non è tenuto che della sua porzione, e che perciò è libero offrendo la sua tangente della metà. Deve rispondersi con Cujacio (2), che il venditore non ha voluto vendere una parte del suo immobile, che ha inteso di alienarlo totalmente; che tale è stata la legge del contratto, e che non si può arbitrariamente cambiarla senza il suo consenso (3), soprattutto poi per imporgli tutti gl'inconvenienti di una indivisione, sorgente ordinaria di liti e di controversie.

Non si deve obliare che le cose divisibili in sè possono esser dichiarate indivisibili per convenzione e per l'utilità delle parti. Ora questa indivisibilità del prezzo risulta in tal caso dal contratto di vendita che non potrebbe scindersi nella sua esecuzione senza far violenza all'intenzione da cui è stato animato.

312. Se il compratore ha ottenuto un termine per pagare il prezzo, ha dritto di esigere frattanto la tradizione della cosa. Il disposto dall'articolo presente cessa di essere applicabile, com'egli stesso dichiara (4).

Nulladimeno, se constasse che dopo il contratto il compratore avesse sofferto un dissesto notabile nei suoi interessi, siccome fallimento o minaccia di fallimento (art. 1613), ed il venditore fosse in pericolo di perdere il prezzo, potrebbe negare di far la tradizione. Per vincere la sua resistenza, bisognerebbe che il compratore desse sufficiente cauzione, od offrisse preliminarmente di liberarsi (5). Tale è la disposizione dell'articolo seguente che noi riferiamo qui, perchè serve di limitazione alla regola stabilita in principio di questo numero.

(1) *Junge*, Duranton, t. 16 (t. 9, Ed. Tar.), n. 205.

(2) Recit. solen., sulla legge precitata.

(3) Questa fu la dottrina ancora di Molinèo, *De dividuo et individuo*, part. 2, n. 205, 206.

(4) Pothier, *Vente*, n. 67.

(5) *Idem*, n. 67. Art. 1188 del codice civile. Domat, p. 36, n. 22. L. 31, § 8, Dig., *De edilit. edict.* Art. 1613.

ARTICOLO 1613.

Neppure è tenuto alla consegna della cosa, ancorchè si fosse pattuita una dilazione al pagamento, se dopo la vendita il compratore sia fallito, o prossimo al fallimento, in guisa che il venditore si trovi in pericolo imminente di perdere il prezzo, salvo che il compratore presti cauzione di pagare nel termine pattuito.

SOMMARIO.

313. Collegamento.

314. I timori d'insolventezza non debbono esser vaghi

315. Le cause dell'insolventezza debbono essere posteriori alla vendita?

COMENTO.

313. Quest' articolo preso da Pothier, è stato da noi compendiato nel numero precedente, col quale ha una stretta relazione. Aggiungeremo qui due sole osservazioni.

314. La prima si è che all' effetto che l'acquirente perda il benefizio del termine, dev' esservi non già un vago timore d' insolventezza, ma fallimento, o prossimità di fallimento (1). Tali sono i termini del nostro articolo, i quali fanno eco coll' art. 1188 (2).

Può altresì aggiungersi, che qualora il compratore avesse dato delle cautele per il pagamento del prezzo, siccome un' ipoteca, una cauzione, e col suo proprio fatto diminuisse questa garanzia, il venditore potrebbe rifiutare la tradizione, ancorchè il compratore non fosse in stato nè di fallimento, nè di prossimità al fallimento. Il precitato art. 1188, include a tal proposito una regola applicabile ad ogni contratto.

315. La seconda osservazione avrà per oggetto le parole, *dopo la vendita*, contenute nel presente articolo. È egli di assoluta necessità, che il fallimento, o lo stato di decadenza, avvenga dopo la vendita? ossivvero potrebbe il venditore ricusare la tradizione, qualora fosse provato che lo stato di fallimento o di decadenza era anteriore alla vendita, ma in guisa tale che il venditore ha concesso la dilazione solo perchè ignorava l'insolventezza di quegli con cui ha contrattato?

Diciamo primieramente, che se il venditore conosceva gl' imbarazzi pecuniarj del compratore, e gli ha malgrado ciò concesso una dilazione, la quistione non presenterebbe alcun dubbio; la tradizione dovrebbe farsi.

Ma se il venditore è stato ingannato, se si è fatto brillare ai suoi occhi un credito immaginario, se gli è stato presentato come florido uno stato economico che andava in rovina, credo che si avrebbe un errore sufficiente a liberare il venditore dalla sua obbligazione (1110 del codice civile) (3).

La corte regia di Parigi emanò una decisione che si accosta a tale opinione.

Boisserand e C., vendono a Faye e Courcelles centodieci botti di vino; un termine è concesso per una porzione del prezzo; ma i venditori chiedono un' ipoteca, e i compratori danno per cautela due case situate in Parigi. Bentosto i venditori apprendono di essere stati ingannati, e che i compratori sono semplici conduttori delle due case. Boisserand e C., si oppongono allora al trasporto dei vini; dimostrano che le garanzie promesse sono illusorie; e la loro domanda è succes-

(1) Nelle sue esposizione al corpo legislativo, Portalis sostituì al vocabolo *prossimità di fallimento* (*déconfiture*), la seguente frase alquanto temperata, ma che pure esprime il concetto della legge: *Un stato di decadenza che possa seriamente minacciare la sicurezza del venditore* (Locré, t. 7, p. 75). E Faure oratore del tribunato: *In una situazione tale, che vi sia per lui pericolo imminente di perdere il prezzo* (Locré, t. 7, p. 93, Ediz. Terlier).

(2) Ma se lo stato patrimoniale del compratore non avesse subito dei cangiamenti valevoli a far nascere dei dubbj, il venditore non potrebbe chieder cauzione. Decisione di Torino del 1810 (Dal., *Vente*, p. 865, 866).

(3) Ved. anche l' art. 1276, che somministra un argomento.

sivamente accolta dal tribunale della Senna, e dalla corte regia, con decisione 30 ventoso anno XI (1).

È chiaro che in questa specie, le garanzie non erano mancate ai venditori dopo la vendita; l'insufficienza di tali garanzie datava dal momento stesso del contratto (2).

Nel modo istesso, la giustizia vuole, che quando le apparenze di solventezza che determinarono la fiducia del venditore, sono dimostrate fallaci all' epoca della vendita, i tribunali soccorrano a quegli, la di cui buona fede è stata sorpresa.

ARTICOLO 1614.

La cosa deve consegnarsi nello stato in cui si trova al tempo della vendita.

Dal giorno della stessa vendita, tutti i frutti spettano al compratore.

ARTICOLO 1615.

L'obbligo di consegnare la cosa comprende quello di consegnare i suoi accessorj, e tuttociò che fu destinato al perpetuo uso di essa.

SOMMARIO.

316. Il venditore deve consegnare la cosa nello stato in cui si trova all' epoca della vendita. Ragione di questa regola.

317. Da ciò deriva, che se vi è un termine per la tradizione, il venditore deve frattanto vigilare alla conservazione della cosa.

318. Nelle vendite condizionali, il venditore non può cambiare lo stato della cosa, *pendente conditione*. Ma non è tenuto a consegnare la cosa, che nello stato in cui essa si trovava all'evento della condizione.

319. Se il contratto è puro e semplice, dal tempo della vendita, tutti i frutti spettano al compratore. I frutti fanno parte della cosa, e si reputa che il compratore ne abbia pagato il prezzo.

320. Caso singolare in cui vi è difficoltà sull' applicazione della regola, che la cosa deve consegnarsi nello stato in cui si trova.

321. Il compratore è vincolato dalla locazione esistente all' epoca della vendita. *Quid*, nel dritto Romano e nell' antica giurisprudenza? Oggi, l' affitto investe realmente la cosa. Il compratore ritira bensì il canone che ne è il prodotto.

322. Nella vendita condizionale, i frutti spettano al venditore, *pendente conditione*. I frutti seguono il padrone del suolo, e non quello delle sementa.

323. Utilità delle leggi Romane e dell' antica giurisprudenza, per determinare gli accessorj di una cosa. Enumerazione di certi accessorj. § 1° Cosa comprende la vendita di una *casa*. § 2° E di una *casa mobiliata*. § 3° Cosa comprende la vendita di un *terreno*. Le mandre sono un accessorio di un terreno? § 4° Cosa comprende la vendita di un *bastimento?* § 5° Della vendita di uno *stabilimento commerciale*. § 6° La vendita del *vino* comprende le bottiglie che lo contengono? § 7° Cosa comprende la vendita di un *cavallo?* § 8° E la vendita di un *molino?*

324. Due regole generali: la prima che il venditore deve consegnare i documenti, i disegni, ecc. Risposta alle obiezioni. La seconda che deve consegnare l' accessione di cui la cosa si è aumentata.

COMENTO.

316. La cosa deve consegnarsi nello stato in cui era al tempo della vendita. La ragione si è, che l' acquirente è investito della proprietà dal con-

(1) Dalloz, *Vente*, p. 865, nota 1. Dalloz avrebbe dovuto riportare i motivi di questa decisione. La loro omissione toglie ad un giudicato qualunque interesse, e ad una raccolta parte delle utilità.

(2) *Junge*, Duranton, t. 16 (t. 9, Ediz. Tarlier), n. 204, che ha egli pure tale opinione.

tratto medesimo, e che il suo dritto vi si fissa in quel momento preciso, dimodochè essa diviene sua proprietà, con tuttociò che la costituisce, cioè capitale, accessorj, dipendenze, etc.

317. Ne segue, che se scorre un certo tempo tra il contratto e la tradizione, il venditore deve invigilare alla conservazione della cosa, acciocchè non soffra per fatto suo alcuna deteriorazione (1), ed il compratore possa riceverla in quello stato in cui si trovava all' epoca del contratto.

Torneremo sopra quest' obbligazione del venditore, comentando l'art. 1624, da cui deriva direttamente.

318. Nelle vendite soggette a condizione sospensiva, il venditore ha l' obbligo di consegnare la cosa nello stato in cui si trova al tempo dell' evento della condizione, purchè però le deteriorazioni non provengano dalla sua colpa (2).

Perchè non può egli del suo fatto cambiare, *pendente conditione*, lo stato della cosa venduta, essendo proprietario (3)? Perchè la verificazione della condizione produce un effetto retroattivo al giorno della vendita, e cancella il tempo intermedio (4); è d' uopo adunque che in aspettativa del verificar della condizione, il venditore mantenga le cose nello stato in cui erano al tempo della vendita, acciocchè verificandosi la condizione, l' acquirente non si accorga che la perfezione della vendita fu sospesa e differita.

Ciò non pertanto vedremo, che riguardo ai prodotti della cosa, questa regola soffre un' eccezione basata sopra dei motivi particolari (n. 322).

319. Poichè il compratore deve trovare la cosa nello stato in cui era all' epoca della vendita, se ne deve concludere col nostro articolo, che fin da quel momento ha dritto a tutt' i suoi prodotti, sia che abbia pagato il prezzo, sia che abbia ottenuto un termine al pagamento. D' altronde, come vedremo in seguito, l' oggetto venduto essendo a suo risico e pericolo, era giusto che profittasse dei vantaggi che se ne possono ricavare. « Fructus post « perfectum jure contractum empto- « ris spectare personam convenit, ad « quem et fonctionum gravamen per- « tinet (5). » Perciò i frutti pendenti al tempo della vendita (6), i quali, come dice Cujacio, *pars agri fuisse videntur et ob eos etiam pluris vœniisse* (7), il parto delle greggie (8), il lavoro delle bestie da soma (9), il nolo del bastimento (10), tuttociò appartiene al compratore fin dal giorno del contratto, salvo il caso di convenzioni contrarie (11).

(1) Ved. gli art. 1137 e 1245, di cui il nostro è un corollario. Arg. dell' art. 1018. Duranton, t. 10 (t. 6, Ediz. Tarlier), n. 396. Toullier, t. 6, (t. 3, Ediz. Tarlier), n. 231 al 236. Pothier, *Oblig.*, n. 142, e *Vente*, n. 53 e 54.

(2) Pothier, *Vente*, n. 312. Ved. *infra*, n. 406; articoli 1245 e 1182 del codice civile.

(3) *Supra*, n. 54.

(4) L. 2 e 3, Dig., *De peric. et com. rei venditæ.* Furgole, Test., t. 2, p. 186, n. 14. Pothier, *Vente*, n. 312. *Supra*, n. 54 e 160.

(5) Diocl. e Massim., l. 13, C. *De act. empt.*

(6) *Si fructibus jam maturis ager distractus sit, etiam fructus emptori cedere* NISI ALIUD CONVENERIT *exploratum est.* Ulp., l. 13, § 10, Dig., *De act. empt.*

(7) Cujac. sopra questa legge; anche Brunemanno, p. 738 dice: « *Pretium pro fructibus pendentibus esse « constitutum* », e cita Barbosa, Moline, Covarruvias, etc. Ved. sopra i Frutti pendenti al tempo della vendita, *infra*, n. 769.

(8) Diocl. e Massim., leg. 16, C. *loc. cit.* Paolo, *Sentent.*, lib. II, t. 17, § 7.

(9) Paolo, *loc. cit.*, e Ulp., l. 13, § 13, *loc. cit.*

(10) Si quid vectaria navium quæsitum est. L. 13, § 13 precitata.

(11) Leg. 13, § 10 precitata. Ved. Pothier, Pand., t. 1, p. 527, n. 64 e seg.

Duranton crede, sul detto di Pothier, che Cujacio insegni, il compratore non aver dritto ai frutti, finchè il prezzo non è pagato (1). Si è testè veduto il contrario; ecco del rimanente il testo intiero di Cujacio, da cui si rileverà in qual senso egli parli del pagamento del prezzo ne' suoi rapporti con i frutti.

Dopo aver detto che si reputa che il compratore abbia pagato i frutti pendenti, si occupa dei frutti non maturi al tempo della vendita, ed insegna che a motivo della loro incertezza non sono stati presi in considerazione per la determinazione del prezzo, quindi aggiunge: « *At si apud* « *venditorem permaturuerint*, *et ab eo* « *percepti fuerint*, minus de eis du- « bitatur an ex die perfectæ venditio- « nis restituendi sint, videlicet si pre- « tium numeratum sit, ut apud Pau- « lum, 2 *Sent.*, t. 17, legendum esse « docui *Observ.*, XXI, 15; alioqui usu- « ræ pretii nondum numerati compen- « santur cum fructibus (2). »

Cujacio non parla qui se non del caso in cui i frutti furono raccolti dal venditore, e si tratti farne la restituzione al compratore; allora egli opina che questi frutti debbano compensarsi con gl'interessi del prezzo non pagato. È chiaro che tal regola equitativa non lede il principio che i frutti dopo la vendita sono dovuti al compratore.

320. Sopra tal proposito riferirò una quistione di cui fui testimone, e che servirà d'esempio per dare il loro giusto valore alle clausole speciali di una vendita, dalle quali si pretende trarre una deroga alla regola contenuta nel numero precedente.

Pietro vendè a Paolo una foresta considerabile, per un prezzo che si conveniva essere molto elevato; qualche tempo innanzi Pietro aveva alienato diversi jugeri di bosco ceduo facienti parte di quella foresta, mediante varj atti privati. Contrattando con Paolo, stipulò che le vendite passate a vantaggio di quei terzi *sarebbero rispettate*. In seguito Paolo pretese che il prezzo di quella vendita doveva appartenergli, perchè i terreni boschivi venduti facevano parte della foresta da lui comprata, e ne erano un accessorio necessario; aggiungeva, che acconsentendo a rispettare le vendite fatte ai terzi, non aveva però rinunziato ad esigerne il prezzo; che l'unica sua intenzione fu di permettere che i compratori del bosco ceduo potessero opporgli i loro titoli, i quali essendo privi di data certa, non avrebbero senza di ciò potuto obbligarlo. Finalmente diceva che in dubbio, la stipulazione doveva interpetrarsi contro il venditore.

Credo che tal sistema fosse privo di base. Paolo non aveva dritto alla cosa che in quello stato in cui era al tempo della vendita (3), ed il suo venditore gli aveva significato in modo esplicito, che una certa quantità di bosco ceduo era stata distratta dal corpo della foresta. Dicendo che le vendite di questo bosco dovevano essere rispettate, spiegava assai chiaramente che dovevano rispettarsi, tanto rapporto al compratore, che rapporto al venditore; giacchè la vendita è un contratto bilaterale che non può scindersi. Finalmente non si sa a che volesse Paolo appoggiarsi per ritirare il prezzo del bosco ceduo.

(1) T. 16 (t. 9, Ediz. Tarlier), n. 213. Pothier, *Vente*, n. 47.

(2) Sulla l. 13, § 10, Dig., *De act. empt.*

(3) Art. 1614.

Questo prezzo non era un accessorio, una pertinenza, *un prodotto* della foresta; non faceva parte della cosa comprata; non era un dritto reale, che vi fosse annesso, ma costituiva un dritto estraneo al contratto; perocchè la vendita aveva per subietto una cosa materiale, una foresta, e non conteneva cessione di un dritto mobiliare, e delegazione di un prezzo.

321. Secondo i principii del dritto Romano, l'acquirente non profittava dell'affitto che trovava stabilito sulla casa o sul podere da lui comprato. Il venditore continuava a percipere il canone (1); ma il compratore non era vincolato dalla locazione, ed aveva il dritto di togliere il possesso al conduttore (2). Tale disposizione può recar sorpresa, quando si veggano le leggi Romane attribuire al compratore i frutti naturali della cosa, il prodotto del noleggio di un bastimento e di una bestia da soma. Le pigioni non sono ancor esse frutti della cosa? Cujacio ha spiegato questo punto di legge dicendo (3): « Et ratio differentiæ « inter fructus, qui ex prædiis rusti- « cis proveniunt vel natura, sponte, « vel cultura nostra et opera, et pen- « siones prædiorum, hæc est; quia « ex re ipsa, ex prædiis ipsis, pen- « siones non sunt, *sed ex negotio ge- « sto*, *ex obligatione*, *ex locatione* ven- « ditoris; fructus alii prædiorum ru- « sticorum ex re ipsa sunt, idcirco « emptores res debentur. »

La spiegazione è ingegnosa. Cujacio la completa ricercando poi perchè il noleggio di un bastimento e di un animale, spetta al compratore, e perchè non gli spetta il canone di un immobile (4). « Et varietatis ratio hæc « est quia in fructu hominis sunt ope- « ræ et ob operas mercedes (5); et « similiter in fructu jumentorum sunt « vecturæ quæ sunt opera jumento- « rum; in fructu quoque navium sunt « vecturæ et ob vecturam mercedes, « sive naula... At mercedes prædio- « rum non sunt in fructu. »

Non si può meglio penetrare nello spirito delle leggi Romane, nè meglio rintracciare il loro significato occulto, e le loro sottili distinzioni.

Debbo però dire, che, secondo Voët ed alcuni autori da lui citati (6), i testi sopra i quali Cujacio si basa, non producono l'effetto di attribuire definitivamente le pigioni al venditore; che tutto il loro effetto è che il venditore, come locatore, può esigere le pigioni, ma che il compratore ha azione contro di lui per costringerlo a versarle in sua mano (7). Perciò, secondo questi scrittori, le pigioni sarebbero appartenute al compratore; ma non sarebbero potute giungere in sua mano che per un giro od una cessione di azione.

Checchè ne sia, la semplicità del codice civile ripugna a questi sforzi laboriosi del genio Romano. Esso ha operato una grande innovazione mediante l'art. 1743, il quale obbliga l'acquirente a rispettare gli affitti aventi data certa; e sopra questo punto ha rovesciato tutto il sistema dell'antica giurisprudenza (8). Esso ha trasformato l'affitto in un dritto reale

(1) Ulp., l. 13, § 11, Dig., *De act. empt.*

(2) Pothier, Pand., t. 1, p. 527, nota *e*, e *Louage*, n. 288.

(3) Sulla leg. 13, § 11, Dig., *De act. empt.*

(4) Sul § 13 della stessa legge.

(5) L. 3, Dig., *De operib. serv.*

(6) Ad Pand., *De perne. et com.*, n. 9.

(7) Ved. anche Olea, *De cessione jurium*, t. 4, misech., n. 26.

(8) Ved. Pothier, *Louage*, n. 288 e seg.

infisso sulla cosa, e che la segue in ogni mano. Se il compratore è vincolato dall'affitto, se deve sopportarne l'incomodo, deve anche raccogliere il vantaggio che ne deriva al proprietario. L'acquirente succede dunque al venditore nei benefizii dell' affitto. Questi sono i frutti annui, e a forma del nostro articolo, il venditore non potrebbe senza ingiustizia ritenerli.

Soltanto è da osservarsi, che il compratore succede ai soli canoni non scaduti, e non a quelli che al momento della vendita erano al termine; e quando l'anno è cominciato all'epoca del contratto, il canone si divide tra il compratore ed il venditore nella proporzione del tempo decorso (1).

322. Se la vendita fu fatta sotto condizione sospensiva, i frutti scaduti *pendente conditione*, non spettano al compratore, ma vanno a profitto del venditore che è ancora proprietario, e che ha dritto di perciperli *ex jure soli*, e come possessore. « Ut puta, dice Cujacio (2), venditione contracta sub conditione, *percepti ante conditionem impletam*, quod est ante perfectam venditionem, non pertinent ad emptorem, sed ad venditorem », perchè è regola che l'avvenimento della condizione non produca effetto retroattivo riguardo ai frutti (3). Non sarebbe altronde ingiusto, che il compratore, il quale innanzi l'evento della condizione non deve il prezzo della cosa, nè in conseguenza gl'interessi del prezzo stesso, raccogliesse i frutti?

Onde si scorge, che il compratore condizionale non ha un dritto assoluto, e senza eccezione sulla cosa, nello stato in cui si trova all'epoca della vendita; i frutti che allora cuoprivano il suolo non gli appartengono, ed il venditore può disporne.

Ma se al tempo dell'avvenimento della condizione vi sono dei frutti pendenti, questi saranno a profitto dell'acquirente; perchè l'avvenimento della condizione lo rende proprietario, e da quel punto tutti i frutti ancora esistenti, sebbene da lui non seminati gli appartengono, esclusivamente; i frutti seguono il padrone del suolo, e non quello della sementa (4).

323. A tenore dell'art. 1615, l'obbligazione di consegnare la cosa, abbraccia *i suoi accessorj*, *e tuttociò che fu destinato al perpetuo uso di essa*.

Per l'intelligenza di queste parole, l'antica e la nuova giurisprudenza, e soprattutto il dritto Romano, ci somministrano preziose decisioni. Noi le riuniremo intorno gli oggetti seguenti, dei quali decompongono con esattezza le parti e gli accessorj.

§ 1. *Una casa*. La vendita di una casa comprende i giardini rinchiusi nei muri di recinto, ed ai quali si accede per la porta della casa (5); le scuderie attigue all'edifizio, che non ne sono separate (6); i ripari costruiti davanti la fabbrica per difenderla dalla corrente del fiume o dalle onde del mare (7); la metà del muro divisorio (8); i cortili, le chiostre ed i granaj (9); le stalle per deposito di

(1) Gomez, *Variar. resol.*, t. 2, cap. 2, n. 11. Fabro. Cod., lib. IV, t. 33, def. 13. Despeisses, p. 23, n. 9. Voet, *loc. cit.*

(2) Sopra i §§ 10 e 11 della l. 13, al Dig., *De act. empt.*

(3) L. 31, § 1, Dig., *De legib.*, 2°. Furgole, t. 2, cap. 7, sez. 4, n. 46, 141, 147. Toullier, t. 6 (t. 3, Ediz. Tarlier), p. 573 e seg.

(4) Diocles. e Maxim., l. 22, C., *De rei vindicat.* L. 25, Dig., *De usuris.* Inst., § 2, *De off. jud.*

(5) Voet, ad Pand., *De act. empt.*, n. 5. Leg. 91, § 5, Dig., *De leg.* 3°.

(6) *Idem*, l. 4, § 1, Dig., *In quib. causis pignus.*

(7) L. 52, § 3, Dig., *De act. empt.*

(8) Voet, *loc. cit.*

(9) L. 18, *De act. empt.*

letami, e stazioni di carri nei villaggi; i pozzi (1), le cisterne, le fontane (2); in una parola, tuttociò che dipende dalla casa, tuttociò che i notari denotano negli atti con le parole: *pertinenze e dipendenze (appartenances et dépendances)*. Lo che devesi soltanto intendere (come dice il nostro articolo fraternizzante in ciò con le leggi Romane) (3), di quello che è destinato agli usi perpetui della casa, e non ai suoi usi temporarj.

Quindi i canali che servono allo scolo delle acque, spettano o non spettano alla casa venduta, secondo che essi hanno una destinazione permanente o momentanea (4); si conoscerà, sulla scorta dell'art. 525 del codice civile, quando essi hanno una perpetua collocazione. E dietro il medesimo articolo 525 si deciderà intorno agli specchi di un appartamento, ai quadri ed ornati, le statue (5), ed altri oggetti di simil genere, che le leggi Romane lungamente enumerarono.

Sono comprese nella vendita le porte o tavole che chiudono la bottega, i cancelli, le finestre e persiane, le serrature, le chiavi (6); il coperchio del pozzo, le corde, le secchie per attingere l'acqua (7); l'artiglieria del castello, gli ornamenti della cappella (8); ciò che suole andare unito alla casa, sebbene per un certo tempo separato (9); le doccie, per cui scorrono le acque della casa, ancorchè si prolunghino fuori dell'edifizio (10).

Qualunque servitù attiva, i dritti di attingere l'acqua, di passo, etc. (11).

Ma se ne debbono eccettuare, 1° le stufe che non sono ingessate nel pavimento o nel muro, ancorchè l'estremo pezzo del tubo sia ingessato all'orifizio del muro che riceve il fumo; perchè il rimanente del tubo e della stufa è mobile, e la calce che si pone intorno a quell'ultimo pezzo ha per iscopo non tanto di fissare quel mobile a perpetuità, quanto d'impedire che l'acido pirolegnoso non refluisca negli appartamenti. Così giudicò la corte di Nancy, con decisione inedita 28 Aprile 1828.

2° I tegoli comprati per cuoprire il tetto, e che non sono stati peranche posti in opera (12); insomma tuttociò che era destinato a servire al miglioramento od alla riparazione dell'edifizio, ma che non ha ricevuto la sua destinazione.

3° I tini, le botti, e tutto il mobiliare della cantina che non è collocato a perpetuo destino (13).

Vedansi altri dettagli sopra questa materia nell'opera del Cardinale Mantica, intitolata: *De tacitis et ambiguis conventionibus* (14).

§ 2. *Una casa mobiliata.* La vendita di una casa mobiliata non comprende che i mobili destinati al di lei ornamento (15).

Se la casa si vende *con tuttociò che vi si trova*, tutti gli oggetti mobili saranno compresi nell'alienazione, ma

(1) L. 13, § fin. e 14, Dig., *De cont. empt.*
(2) L. 38, § 2, Dig., *De act. empt.*
(3) L. 17, § 7, Dig., *De act. empt.*
(4) L. 17, § 7, Dig., *De act. empt.*
(5) L. 17, § 3, Dig., *De act. empt.*
(6) L. 17, Dig., *idem.*
(7) L. 14, 15, *De act. empt.* Leg. 40, Dig., *De cont. empt.*
(8) Pothier, Orléans, art. 355.
(9) L. 17, § 10, Dig., *De act. empt.*
(10) L. 47, 48, 49, Dig., *De cont. empt.*
(11) Si aquæductus debeatur prædio, et jus aquæ transit ad emptorem. Ulp., leg. 47, Dig., *De cont. empt.* Agen 28 Maggio 1831 (Dall., 33, 2, 125).
(12) L. 18, § 5, Dig., *De act. empt.*
(13) L. 26, Dig., *De inst. legat.*
(14) Lib. IV, t. 16, n. 5 e seg.
(15) Art. 534 del codice civile. Ved. al D., *De supellectile leg.*, et *De inst. leg.* Despeisses, p. 21, o. 12.

non il danaro contante, i crediti ed i dritti, i documenti dei quali sono depositati nella casa (1).

§ 3. *Un fondo terreno.* La vendita di un fondo terreno, abbraccia tuttociò che il proprietario (2) vi ha posto per il servizio e la coltivazione del medesimo (art. 525); cioè:

Gli animali addetti alla coltura, ma non gli animali da cortile *(basse-cour)*, il pollame, i cavalli da sella (3);

Gli strumenti aratorj,

Le sementi date ai coloni,

I piccioni delle colombaje,

I conigli delle conigliere,

Gli alveari (4);

I pesci delle peschiere, ma non quelli contenuti in serbatoj, piuttosto ad oggetto di conservarli che di farli moltiplicare; se fossero destinati a moltiplicarsi, farebbero parte del vivajo (5);

I torchi, le caldaje, i lambicchi, i tini e le botti;

Gli utensili necessarj all'uso delle fucine, cartiere ed altre fabbriche;

La paglia e il concime; lo che deve intendersi solamente dei letami destinati a fecondare i terreni appartenenti al podere comprato, ma non di quelli che il venditore avesse adunati per farne un commercio (6);

I pali che servono alla vigna, quantunque al momento della vendita ne fossero stati tolti e deposti in fasci in luoghi circonvicini; perchè il loro destino è di essere nuovamente impiegati, allorchè sarà giunta l'epoca di sostenere le viti (7); ma ciò non deve estendersi (8) ai pali che il proprietario avesse comprati con intenzione d'impiegarli nella sua vigna, e di cui non avesse peranche fatto uso;

I frutti pendenti (9), ma non i frutti staccati dal suolo (10), nè i boschi tagliati (11), nè le pietre, arene e minerali estratti dalle cave (12) e miniere, nè i carboni (13), nè il vino (14), ed altre simili cose (15).

Infine, la vendita abbraccia generalmente qualunque oggetto anche mobile, purchè il proprietario abbia voluto che rimanga perpetuamente nel fondo (art. 524).

Le mandre di bovi, vacche, montoni, porci, che vengono dal padrone riunite al fondo, debbono considerarsi come parte del medesimo?

Pothier le considerava come inservienti alla coltura (16), ed una dec. della corte di Riom, 30 Agosto 1820 (17), statuì che esse erano virtualmente comprese in un'aggiudicazione fatta in seguito di pignoramento d'immobili.

Tal decisione è fondata in gran parte sopra il motivo cho le man-

(1) L. 92, Dig., *De leg.* 3°. Art. 536 del cod. civ.

(2) *Quid*, se fosse il fittajuolo che avesse data questa destinazione? Vedosi, Ipoteche, t. 1, n. 105.

(3) Nel dritto Romano non erano immobili per destinazione. L. 2, § 1, Dig., *De inst. leg.* Ma Pothier, emetteva il voto, che una legge gli dichiarasse tali. *Communauté*, n. 43 e 44. Denizart, V *Meubles*.

(4) Paolo, l. 16, Dig., *De act. empt.* Despeisses, p. 74, n. 13. Pothier, *Communauté*, n. 43.

(5) Ulp., l. 15, Dig., *De act. empt.* Molin., sopra Parigi, § 1, gloss. 8, n. 18. Despeisses, p. 24, n. 13. Brunemanno sopra questa legge.

(6) Ulp., l. 17, § 2, *loc. cit.*

(7) L. 17, § 11 precitata. Pothier, *Comm.*, n. 38.

(8) *Idem.*

(9) *Supra*, n. 319. L. 14, D., *De rei vindic.* Cajo.

(10) Ulp., l. 17, § 1, Dig., *De act. empt.*

(11) *Idem*, l. 17, § 2, *idem.*

(12) *Idem*, l. 17, § 6.

(13) Ulp., l. 17, § 6.

(14) *Idem*, l. 17, § 1.

(15) Ved. Voet, *De cont. empt.*, n. 4. Mantica, *De tacit. et ambiguis*, lib. IV, t. 16.

(16) Pothier, *Communauté*, n. 43.

(17) Dalloz, V *Choses*, p. 469.

dre avendo per oggetto di fertilizzare i terreni mediante il concime, sono così di vantaggio all'agricoltura, e ne sono i mezzi. Ma tali motivi non mi sembrano giusti. L'allevamento dei bestiami contribuisce senza dubbio a migliorare le terre; ma il suo scopo diretto non è in prima linea di fecondarle mediante i concimi. La cura dei bestiami costituisce un ramo d'industria interessantissimo, poichè ha per ausiliario l'agricoltura, apre uno sfogo, e dei mezzi di consumo ai suoi prodotti: ma ha molto più al suo servizio i terreni di un podere di quello che essa non sia al servizio di questi terreni.

Io credo che la vera ragione è, che per il solito i bestiami sono perpetuamente addetti al podere. Lo provano i ricoveri, pel consueto molto vasti e dispendiosi, che loro vengono destinati; il venire un capo, a misura che si perde, tosto rimpiazzato da un altro; l'essere regolata sul loro numero e la loro importanza, la divisione dei campi, ed il genere di coltura; finalmente il formare essi un prodotto prezioso dell'immobile, di cui sono un accessorio o una parte integrale.

§ 4. *Un bastimento.* La vendita di un bastimento, comprende tuttociò che serve a navigare; il timone, gli alberi, i pennoni, le vele, le ancore, *quasi membra navis esse* (1).

Ma, secondo Alfeno, la scialuppa che viene adoprata per andare dal porto fino al bastimento, non ne fa parte, non essendovi unione necessaria tra il bastimento e codesta barca (2).

Tal soluzione non mi appaga; essa è contraria ai veri usi, e Grœnewegen dice con ragione, che questa legge è stata abrogata dai moderni. Così opina anche Voët (3). La compra del bastimento deve implicitamente comprendere quella della scialuppa, perchè il servizio di una nave non può farsi senza una scialuppa, sia per andare e venire nel porto, sia per levar l'ancora, sia per abbordare quando si è in viaggio. È dessa un accessorio necessario, che senza dichiarazione non può escludersi dalla vendita. (Arg. dell'art. 200 del codice di comm.)

§ 5. La vendita di uno stabilimento commerciale comprende tutte le mercanzie, il banco, le bilancie, gli scaffali ove le merci sono collocate (4), ed anche il fitto della bottega, le mostre ed altre insegne dirette a significare lo stabilimento ed attirare gli avventori; perchè il luogo è di una grande importanza, in specie nel commercio a dettaglio, e le insegne del principe il quale accorda la sua fiducia allo stabilimento, contribuiscono ad accreditarlo dovunque, e a dar maggior valore al negozio (5).

§ 6. La vendita del vino in bottiglie, comprende il vetro che lo contiene (6). Quando un mercante di vino ne spedisce ad un suo corrispondente che l'ha comprato, i barili sono compresi nella vendita. « Minora vasa, in « quæ vinum, asportationis causa, « transfundi solet, una cum vino ven- « dito in emptorem in dubio transe- « unt. » Sono parole di Voët (7). Nulladimeno, le consuetudini debbono

(1) Paolo, l. 44, Dig., *De evictionib.*
(2) *Idem.*
(3) Ad Pand., *De act. empt.*, n. 8, *in fine.*
(4) Leg. 13, Dig., *De inst. legat.* Paolo. Voet, ad Pand., *De act. empt.*, n. 7.

(5) Così giudicato da due decisioni, una di Parigi 19 Nov. 1824 (Dall., 25, 2, 92); l'altra di Rouen 9 Giugno 1828 (Dall., 30, 2, 102).
(6) L. 15, Dig., *De vino, vel oleo legato.*
(7) Voet, ad Pand., *De act. empt.*, n. 8.

esser prese in considerazione. E debbono eziandio esaminarsi le circostanze della vendita. Se compro del vino a tanto la misura, e che il mercante me lo spedisca in botti, credo che le botti sieno eccettuate dalla vendita, e debbano rimanere al venditore. D'ordinario si ha cura d'inserire nel contratto una clausola che prevenga la difficoltà, specificando se la vendita è fatta o no *a bottiglie o botti perdute*.

§ 7. Secondo Voët (1), se si vende un cavallo, la sella, la briglia ed altri oggetti destinati a bardare il cavallo all'epoca della vendita, ed a servire al di lui uso, passano al compratore, se non furono formalmente eccettuati. Ma tale decisione, che il giudizioso autore Olandese basa sulla legge 38, Dig., *De ædil. edict.*, è vera, a forma di questo testo medesimo, solo nel caso che il cavallo fosse rivestito de' suoi arnesi quando fu posto in vendita. « *Jumenta ...... ornata*, « *VENDENDI CAUSA*, *ita emptoribus* « *tradentur.* »

§ 8. La vendita di un mulino, o di una fabbrica messa in attività dall'acqua, comprende necessariamente la corrente dell'acqua, come pure il canale artefatto che riceve e conduce l'acqua sotto le ruote (2). Così insegna Henrys. « Siccome sotto questa « provincia di Forez ed in varie altre, « un mulino non può esser mulino « senza la sua corrente d'acqua, ne « deriva anche che questa ne è una « parte necessaria, interessante, e « quasi sempre principale, poichè senza di essa il mulino sarebbe inutile; « d'onde deve similmente inferirsi, « che la gora, o canale che conduce « l'acqua al mulino, non è soltanto « un semplice accessorio o dipendenza, ma piuttosto una porzione inseparabile, e che presa unitamente « colla fabbrica, fa con essa una sola cosa; che perciò chi è proprietario del mulino, lo è anche della gora o canale che conduce l'acqua; « che il suolo gli appartiene, e che fa « d'uopo credere, che innanzi di costruire il mulino, si è assicurato « della corrente di acqua, e del di lei « passaggio (3). »

Tale è la regola, ma le circostanze della vendita possono modificarla. La decisione della corte di Rouen, 21 Febbrajo 1824 (4), offre un esempio di questa influenza dei fatti particolari di una causa sopra i principj generali. Un certo Quesnay, aveva comprato un mulino, che si alimentava mediante un canale di 800 piedi di lunghezza, il quale traversava delle pasture e dei prati, che il venditore si era riservati; furono assegnati per confine al mulino alienato, delle siepi che escludevano il canale da questo confine; inoltre, il venditore aveva conservato, senza reclamo per parte del compratore, l'uso di un ponte, mediante il quale il suo prato comunicava con la sua pastura. Infine, il contratto taceva sul canale, sul dritto di pesca e di nettamento *(curage)*. La corte di Rouen, ravvisò in tutte queste circostanze la prova che il canale fosse eccettuato dalla vendita, e che il compratore avesse solo acquistato il dritto perpetuo al volume di acqua che passava per la gora, e che necessitava per far girare le sue macine.

324. Del resto, vi sono due regole

(1) Ad Pand., *De act. empt.*, n. 10. Esso cita parecchi autori, Gomez, Grozio, etc.

(2) Merlin, Rép., V *Bief.* Ulp., l. 47, *De cont. empt.*

(3) T. 2, lib. IV, q. 35.

(4) Dall., *Vente*, p. 866, nota 1.

generali che si applicano a quasi tutte le vendite che abbiamo esaminate, ma in particolare alle vendite d'immobili.

La prima è, che il venditore ha l'obbligo di consegnare i documenti, le piante, ed altre carte che si riferiscono alla cosa, ne indicano i rapporti, ne determinano l'importanza e la estensione. Questi sono accessorii all'oggetto venduto (1).

Vi sono alcuni scrittori, i quali pensano che la vendita essendo di tal natura da produrre un'azione in garanzia, « il venditore non è obbligato a « privarsi dei documenti che può avere, perchè sono la sicurezza di questa garanzia, la quale altrimenti non « gli sarebbe agevole. Può essere obbligato a rimetterli al compratore, « solo quando questo offre di esonerarlo dalla detta garanzia (2). »

Ma con una simile ragione, il compratore rimarrebbe perpetuamente privo di documenti. Sotto pretesto di un regresso che forse non avrà mai luogo, il venditore sarebbe autorizzato a privarlo dei documenti che gli sono ad ogni istante necessarii per regolare i suoi rapporti con i terzi. È più opportuno che i documenti sieno in mano del compratore, che ha un interesse quotidiano a consultarli, salvo l'obbligo in lui di porli a disposizione del venditore, qualora vi fosse dimanda di garanzia.

Il venditore però è solamente tenuto a consegnare i documenti e le piante da lui possedute, e non ha l'obbligo di procacciare a sue spese le copie di quelle che sono depositate nei pubblici archivj.

La seconda osservazione si è, che il venditore deve fare la tradizione della cosa, con le accessioni ch'essa provasse dopo la vendita. Perciò le alluvioni avvenute dopo il contratto, sono di proprietà del compratore (3). Si noti però un'eccezione, *infra* n. 333 (4).

(1) Decis. della corte di Parigi, 27 Maggio 1808. *Journal du Palais* 1808, p. 247. In Dalloz non trovai questa decisione. Scavola, l. 48 a 52, D., *De act. empt.*

(2) Copio questo passo nel Supplemento alla opera di Henrys, t. 4, p. 550, n. 23. L'autore aggiunge, che nullostante, il venditore sarà obbligato a soccorrere al compratore co' suoi documenti ogniqualvolta ne avrà bisogno.

(3) Paola, l. 8, Dig., *De peric. et com.*, a leg. 7, *idem*, Inst., *De empt.*, § 4. Despeisses, p. 25, n. 14.

(4) Rapporto alle azioni che la vendita attribuisca al compratore, si vedano i n. 437, 497, 916, etc.

ARTICOLO 1616.

Il venditore è tenuto alla tradizione della cosa in tutta la quantità che si è stipulata nel contratto, sotto le modificazioni che seguono :

SOMMARIO.

325. Il venditore deve far la tradizione della cosa in tutta la sua quantità. §. Esame della regola relativamente ai mobili. Nelle vendite a peso, numero o misura, la quantità deve consegnarsi per l'intiero. Qual'è il luogo, la di cui misura dev'essere adottata?

326. Se la vendita è fatta in massa, il difetto di quantità non deve giudicarsi con tanto rigore. Critica di un'opinione di Pardessus, il quale vuole che in niun caso il compratore possa nulla reclamare.

327. La verificazione deve farsi in un breve termine. Il ricevimento fatto dal compratore senza reclamo, crea contro di esso un'eccezione d'inammissibilità.

328. §. Esame della regola rapporto agl'immobili. Rinvio.

COMENTO.

325. L' obbligo di consegnare la cosa, produce come corollario l' obbligo di consegnarla, con la capacità, e nella quantità stipulata nel contratto: « *Si in emptione*, dice Paolo, *mo-* « *dus dictus est et non præstatur*, *ex* « *empto actio est* » (1).

Esaminiamo questa regola nei suoi rapporti con la vendita dei mobili, e con quella degl' immobili.

Riguardo ai mobili, deve applicarsi in tutto il suo rigore, quando la vendita è fatta a peso, numero e misura (2); se mi si vende una balla di merci, che mi vien detta pesare due quintali, se mi si vende una botte di vino, che mi vien detta contenere cinquanta litri, e se il prezzo è subordinato al peso od al numero dei litri, ho dritto ad avere la totalità del peso o della misura. *Ex empto tecum agam*, dice Ulpiano, *si minus præstes* (3). Potrò esigere una diminuzione proporzionale nel prezzo (4).

A tal proposito, si dimanda a qual misura locale sia d' uopo riferirsi per ritrovare la quantità espressa.

Quando l' operazione commerciale si fa tra negozianti dimoranti in paesi soggetti a leggi diverse, la misura che si presume convenuta è quella del luogo in cui deve farsi la tradizione (5). Questa regola è assai antica, ed era insegnata dal vecchio Beaumanoir:

« È a sapersi, se Giovanni vende « a Pietro, nella città di Creil, dieci « moggia di grano da consegnarsi a « Clermont un dato giorno, a qual mi- « sura Pietro le riceverà, se a quella « di Creil, ove il contratto si fece, o « a quella di Clermont, *ov' egli deve* « *ricevere?* Io opino che le riceverà « alla misura di Clermont (6). »

Masüer, antico pratico, diceva parimente (7): « *Census debent solvi ad* « *mensuram loci ubi debentur; et idem*, « *si ex alia causa debeatur illud quod* « *consistit in pondere vel mensura.* »

Invero, Loisel fissa il seguente principio nelle sue Inst. stat. (8): « Per « i mobili, la misurazione deve eseguir- « si secondo il luogo in cui si fa la « vendita; per gl' immobili, secondo il « luogo della loro situazione »; ma Pothier spiega questo concetto con le parole seguenti: « Le cose mobili non « avendo alcuna situazione, *è mani-* « *festo* che la loro quantità deve re- « golarsi secondo la legge del luogo « ove si è fatto il contratto, *o piutto-* « *sto secondo quella del luogo in cui* « *dovrà farsene la tradizione* (9). »

Ciò infatti è conforme alla regola: « *Contraxisse unusquisque in eo loco* « *intelligitur in quo ut solveret, se* « *obligavit* (10). »

326. Se la vendita è fatta in massa, il difetto della misura enunciata non dev' esser giudicato con tanto rigore, ed il compratore non avrà ragione di dolersi della diminuzione, nè del deficit che può occasionare la com-

(1) L. Dig., *De act. empt.*, *infra*, n. 350.

(2) Pardessus, Dritto commerciale, t. 2, n. 285.

(3) L. 6, § 4, Dig., *De act. empt.* Pothier, Pand., t. 1, p. 527, 528, e. 68.

(4) Pardessus, Dritto commerciale, t. 2, n. 285.

(5) *Junge*, Pardessus, t. 2, p. 310, e. 885.

(6) Cap. 26, p. 134, lig. 37.

(7) *De solutionibus*, n. 9 e 32.

(8) *Vente*, n. 19, lib. III, t. 4.

(9) *Vente*, e. 258. Ved. anche Despeisses, p. 26, n. 15, *in fine*.

(10) L. 21, Dig., *De oblig. et act.*

pressione, o il prosciugamento delle mercanzie (1). Ma dire come Pardessus, che in verun caso l'acquirente potrà nulla reclamare, non è conforme alla giustizia. Ho superiormente dimostrato (2), con le autorità le più gravi ed imponenti, che il venditore è tenuto ad abbuonare quel meno, o a subire una diminuzione di prezzo.

327. La verificazione della quantità della cosa venduta, deve farsi in un breve termine (3), senza di che vi sarebbe motivo di sospettare che la mancanza della misura provenisse dal fatto del compratore. Il ricevimento della cosa, senza suo reclamo, lo inabiliterebbe egualmente a promuover doglianze.

328. Relativamente alle vendite d'immobili, occorre fare una distinzione più marcata tra la vendita fatta a ragione di tanto per misura, e quella fatta in massa. Tal distinzione è l'oggetto degli articoli seguenti, e dà origine ad importanti modificazioni annunciate dal nostro articolo.

ARTICOLO 1617.

Se la vendita di uno stabile è stata fatta coll' indicazione della quantità, in ragione di un tanto per ogni misura, il venditore è obbligato di consegnare al compratore, se lo esige, la quantità indicata nel contratto.

E quando ciò non sia possibile, o il compratore non lo esiga, il venditore è obbligato a soggiacere ad una proporzionata diminuzione del prezzo.

SOMMARIO.

329. Caso contemplato dall' articolo 1617. Esso non si occupa di tanti jugeri da prendersi in un fondo terreno a tanto per misura. Si occupa di un corpo certo venduto a tanto per misura. Tal vendita è perfetta avanti la misurazione? Dissertazione a tal proposito. Opinioni prò e contra. Conclusione che la vendita è perfetta. Dissenso con Duranton, che non discute la quistione.

330. Il difetto nella quantità non annulla la vendita. Dissenso con Duranton.

331. Opposizione apparente tra l'art. 1601, e l'artic. 1617. Conciliazione delle due disposizioni.

332. Oggetti che non debbono comprendersi nel calcolo di quantità. Critica di una decisione della corte di Parigi.

333. L'alluvione sopraggiunta dopo la vendita, deve entrare nel calcolo della quantità? Opinione equa dei giureconsulti Romani ingegnosamente comentata da Cujacio.

334. Chi deve pagare le spese della misurazione.

COMENTO.

329. Quest'articolo si occupa della vendita di un immobile fatta a tanto per misura. Per comprenderne l'estensione, è d'uopo formarsi idee giuste intorno al caso da esso contemplato.

Può vendersi un dato numero d'jugeri di terreno da prendersi nel tal campo a tanto per misura. In que-

(1) Pardessus, n. 285.
(2) N. 92.
(3) Pardessus, *Droit Commerciel*, n. 283.

sta specie, la cosa venduta è incerta, finchè non è avvenuta la misurazione. Il compratore non sa peranche positivamente quali saranno le parti del campo che diverranno sua proprietà. Non può dire: questo è mio. Dal canto suo il venditore nulla ha peranche separato dal suo dominio. Egli non può dire: questo non è più mio. Perciò la vendita è condizionale, ed è regolata dai principii per noi già esposti intorno alle alienazioni di simil genere.

Supponiamo ancora, che un corpo certo (un prato o un campo) sia venduto a tanto per misura, ma senza indicazione della quantità. È chiaro, che la vendita è imperfetta, e che acquisterà la sua perfezione solamente a misurazione effettuata. Infatti, se la cosa è certa, il prezzo è assolutamente ignoto. Il compratore non può dire: ho comprato quest'immobile per la tal somma; perchè ignorando quante stiora esso contenga, la sola misurazione può trarlo da questa incertezza. Quindi è, che prima della misurazione non si trasferisce la proprietà, e la cosa perisce per il venditore.

Ma il nostro articolo non presenta simili ipotesi: non suppone che siasi venduto una cosa consistente *in genere*, non suscettibile di essere convertita *in specie*, ed individualizzata, se non che mediante un'operazione ulteriore. Esso non ammette che il prezzo rimanga ignoto, e che la quantità non sia dichiarata. L'oggetto del contratto è stato un corpo certo, una tenuta, un fondo, un campo, un prato, del quale si è indicata la quantità, e che si è venduto per un prezzo unico, aggiungendo però, che ogni misura sarà pagata tanto. Per esempio, vi vendo il prato Jacquot contenente 50 stiora, per il prezzo di 4000 fr., in ragione di tanto per stioro, in guisa che il prezzo si distribuisca proporzionalmente sopra ogni misura (1).

Vediamo ora qual è la influenza di questa stipulazione sul contratto.

E primieramente, la vendita è perfetta o condizionale? La perdita sopravvenuta dopo il contratto, ma prima della misurazione, sarà per il venditore o per l'acquirente? Tali quistioni sono importanti e scabrose.

Se per risolverle si potesse invocare l'art. 1585 del codice civile, la soluzione non avrebbe difficoltà. Ma non può dirsi che l'art. 1585 è fatto solo per le cose mobili che si pesano, numerano e misurano? Infatti, allorchè fu discusso dal consiglio di stato, si riconobbe unanimemente che non doveva essere esteso agl'immobili.

« Jollivet osserva che il principio di quest'articolo, espresso in un « modo tanto generico, sarebbe *forse* « *esteso agl' immobili*, sebbene per ef- « fetto di una falsa applicazione.

« Il console Cambacérès, risponde « che non vi può esser dubbio, per- « chè l'articolo spiega chiaramente, « che le sue disposizioni concernono « le sole vendite di mercanzie (2). »

Perciò, nel concetto del consiglio di stato, il principio scritto nell'art. 1585, che la cosa venduta non sta a risico del compratore finchè non è seguita la misurazione, non concerne le vendite d'immobili.

Pure, è d'uopo convenire che tale concetto è esagerato. Quando compro tante stiora da prendersi in un campo, a tanto per stioro, questa è una vendita immobiliare fatta a misura, e per certo la cosa non è a risico

(1) Portalis, *Exposé des motifs* (Locré, t. 7, p. 75).
(2) Locré, t. 7, p. 30, Edic. Tarlier.

del compratore; la perdita cade sul venditore, del pari che nella vendita di merci a peso, numero e misura. Se lo stesso Jollivet fosse stato consultato sopra una vendita siffatta, non avrebbe dato una diversa risposta.

Ma se la vendita è di un corpo certo, come una tenuta, un prato, e se vi è condizione di misurazione, l'opinione manifestatasi nel consiglio di stato può corroborarsi con imponenti autorità.

Si ascolti il dire di Ulpiano nella leg. 10, § 1, Dig., *De peric. et com.*, « In libro VII Digestorum Juliani, « Scævola notat: Fundi nomine em« ptor agero non potest, cum, *prius« quam mensura fieret*, inundatione « aquarum aut chasmato aliove casu « pars fundi interierit. »

E Pothier riferendo tal legge (1), l'accompagna con questa riflessione, del tutto conforme al sistema del consiglio di stato.

« Rerum quæ pure vænierint, pe« riculum spectat emptorem, statim « atque vænierint, *quamvis sub lege « metiendi venditio* facta sit, quum « ea res est quæ per se certam finitionem habet, *nec ex his sit quæ, « natura sua, mensura constant.* »

Si scorge che ogniqualvolta un immobile si presenta in una vendita come corpo certo avente dei limiti indipendenti dalla misurazione, Pothier considera la vendita come pura o semplice, sebbene siasi stipulata l'obbligazione di misurare la quantità.

Dobbiamo convenire che quest'opinione aveva numerosi contraddittori.

Alla loro testa si pone Bartolo (2), il quale vuole che il citato testo di Ulpiano sia inteso in questo senso, che la perdita ricade sul venditore; a parer suo, la vendita di cui parla la legge in quistione, deve equipararsi alla vendita di una cosa fungibile, fatta con la medesima condizione, ed il giureconsulto Romano ricusa al compratore l'azione *ex empto*, unicamente perchè avanti la misurazione non vi era vendita perfetta.

« Nota quod, sicut in rebus mo« bilibus non dicitur perfecta vendi« tio, antequam mensuretur, ita in « rebus immobilibus. »

E Gotofredo pensa egualmente (3). « Ut in rebus mobilibus, ita in immo« bilibus non dicitur perfecta venditio « antequam mensuretur....... Ante « mensuram, de qua facienda conve« nit, *non est fundi venditio.* »

È vero, che basando questa dottrina sulla legge 10, § 1, D., *De peric. et com.*, Bartolo veniva generalmente accusato di avere errato la specie. Connano chiamava la sua interpetrazione un' allucinazione (4), e quasi tutti i dottori si accordavano a dire che Ulpiano ricusando un' azione al compratore, aveva voluto esprimere, che la perdita piombava sopra lui. Ma penetrati essi pure dell' idea di Bartolo, che se la vendita è fatta a misura, il pericolo non riguarda il compratore, spiegavano la decisione di Ulpiano, sostenendo che il testo di cui si tratta, non parla di una vendita condizionale fatta *ad mensuram*, ma di una vendita pura, in cui la misura è indicata soltanto come onere della vendita (5). Ecco infatti come si e-

(1) Pothier, Pand., t. 1, p. 510, n. 7.
(2) Sulla legge 10, § 1, Dig., *De peric. et com.*
(3) Sulla medesima legge.
(4) T. 2, p. 131, col. 2, n. 4, *in fine*.
(5) Può vedersi un esempio di una vendita di questa natura con onere nella legge 40. D, *De cont. empt.*

sprime Brunemanno « Legem hanc de « re ad mensuram vendita immobili « intelligit Bartolus, et alii ipsum se- « cuti; sed melius cum Fulgoso intel- « ligit Covarruvias de eo casu, quan- « do venditur ager pure, sed adseve- « ravit esse in eo 100 jugera, et ita « de mensura sub modo, non condi- « tionaliter intelligenda lex (1). » E altrove Brunemanno si appoggia sulla testimonianza di Lauterbach per decidere, che sotto il rapporto del pericolo della cosa, le vendite d'immobili a tanto per misura sono eguali alle vendite di cose mobili, *quæ numero, pondere, mensurave constant* (2).

E dichiarando che i dottori intendevano che la vendita di un immobile fatta *ad mensuram* è condizionale, e che la perdita ricade sul compratore, non debbo omettere di citare tra essi il presidente Fabro, la di cui opinione ha sempre tanto peso (3).

« In venditione *certi corporis*, cum « modi an mensuræ adjectione, si « quæratur quid in venditionem ve- « niat, aut quando perfecta venditio « videatur, placet senatui ea distin- « ctio, quæ et summa nititur juris ra- « tione, an venditio a corpore cœpe- « rit an a modo vel mensura. Nam « posteriore casu, non prius perfecta « venditio videtur quam modus pro- « batus sit aut mensura. Ideoque pe- « riculum rei venditæ interim ad ven- « ditorem pertinebit, si non facta sit « mora per emptorem. Nec plus mi- « nusve venditum intelligetur, quam « quod in modo erit vel mensura, li- « cet confines plus minusve largian- « tur. Videtur enim hæc venditio facta « sub conditione quæ per modi et « mensuræ probationem impletur. »

Nè si dica che queste autorità non si applicano al caso speciale previsto dal nostro articolo. Perocchè il Brunemanno nella sua dissertazione sulle vendite *ad mensuram* o *ad corpus*, che forma il comento della legge ultima, Dig., *De peric. et com. rei venditæ*, lo ha discusso espressamente (4).

« Si dicatur, vendo tibi agrum 10 « jugerum; pro singulis jugeribus da- « bis 10 flor., facit summa totius agri « 100 flor.; non potest dici hanc ven- « ditionem esse ad corpus.... et dis- « tributio pretii pro qualibet mensura « facit venditionem ad mensuram (5). »

E decide espressamente che in tal caso il pericolo è del venditore (6).

Quindi fa la seguente ipotesi (7), la quale è a un dipresso la medesima, in termini differenti.

« Sed dicet aliquis, nonne esse « ad corpus venditio, quando vendo « AGRUM TOTUM, per agrimensorem « mensurandum, ita tamen ut pro « singulis jugeribus 10 fl., pretium sit?

« Nam venditionem ad corpus es- « se, non ad mensuram voluerunt Bal- « dus (8), Castrensis (9) et Mantica (10).

« Verum communius et verius ab « hac sententia disceditur, et hanc « sententiam merito sequimur... Sed « doctores illi qui venditionem hanc « ad corpus vocant, illud tantum in- « nuere voluerunt, totum fundum, « quantuscumque est, esse venditum... « Sed quando DE PERICULO sermo est, « qui præcipuus est effectus hujus di-

(1) Sulla legge 10, § 1, D., *De peric. et com.*
(2) Sulla legge 5, D., med. tit.
(3) Cod., lib. IV, t. 28, def. 3.
(4) N. 21.
(5) Cita Molinèo, Salicet., Covarruvias, etc.
(6) *Ibid.*, n. 24.
(7) *Ibid.*, n. 27.
(8) Sulla leg. *Sicut pericul.* C. *De act. empt.*, n. 1.
(9) *Ibid.*, n. 4.
(10) *Ibid.*, n. 7.

« sputationis, male eousque processerunt Baldus et Castrensis. Sed dicimus *periculum in hoc casu esse venditoris, ut in aliis venditionibus ad mensuram.* »

Infine il Brunemanno spiega in qual senso egli intende che il pericolo è del venditore (1): « Sed quod de periculo supra dictum, id de periculo interitus, non vero deteriorationis, est intelligendum. Hoc enim, eveniente conditione, *V. G.*, hic, mensuratione, est emptoris (2). »

Tra questa dottrina e quella di Pothier, si collocava quella del Cujacio, il quale voleva che non si facesse alcuna differenza tra le vendite di mobili e le vendite d'immobili a misura, la quale però, sul fondamento della legge 10, § 1, Dig., *De peric. et com.*, decideva che nelle une e nelle altre, il pericolo della forza maggiore doveva ricadere sul compratore. Perchè, diceva egli, tali vendite non sono che quasi imperfette; tra esse e le vendite intieramente imperfette vi è la differenza che in queste il pericolo è del venditore. « Et etiam in fundo, ut si fundus vænierit, non aversione sed in singula jugera, constituto pretio; nam antequam fiat mensura fundi, periculum pertinet ad venditorem, *nisi casu majore interierit*... igitur multum interest an imperfecta sit venditio, vel *quasi imperfecta.* Est quasi imperfecta, quando vinum vænierit ad mensuram et nondum sit admensum... Si venditio sit penitus imperfecta, et res perierit casu majore, periculum est venditoris, et pretium ei non debetur. Si sit quasi imperfecta, et res casu majore perierit, periculum est emptoris, et ab eo pretium peti potest (3). »

Tal'era lo stato delle opinioni nell'antica giurisprudenza. Cambacérès e Jollivet lo hanno per certo ignorato, affermando in tuono così decisivo, che il principio dell'art. 1585 non è applicabile alle vendite immobiliari.

Ora, per conciliare Pothier, il Brunemanno ed il Cujacio da me citati, sarebbe difficile di prendere un punto d'appoggio nella leg. 10, § 1, D., *De peric. et com.* Perocchè, separata per opera di Triboniano da ciò che la precedeva e la susseguiva nel testo di Ulpiano, non si sa se è stata fatta per il caso di una vendita *ad corpus*, o di una vendita *ad mensuram.* Ma io confesso che tra tutte le rammentate opinioni, la meno verisimile mi sembra quella di Cujacio, la di cui distinzione tra le vendite imperfette e quasi imperfette soddisfa poco la ragione.

Veggiamo qual partito debba prendersi sotto il codice civile (4).

Nella vendita di cui parliamo, la condizione della misurazione non ha per oggetto di far sapere ciò che è stato venduto. Perocchè la cosa forma un corpo certo, contenuto dentro limiti determinati, e le di cui parti sono tutte comprese senza eccezione nel contratto. Senza la misurazione è noto indubitatamente in che consiste l'oggetto venduto.

Può dirsi lo stesso del prezzo?

Senza dubbio, il prezzo non è invariabile. La misurazione può fare ac-

(1) Brunemanno, n. 58 e 59.

(2) L. 8, D., *De peric. et com. rei venditæ.* Questo è il principio generale in materia di vendita condizionale.

(3) Recit. solenn., sul C. *De peric. et com.*

(4) Duranton (t. 16, n. 226), dice che nel caso dell'art. 1617, la vendita è *in qualche modo* condizionale; che perciò se il fondo perisce totalmente o in parte prima della misurazione, la perdita è per il venditore. Ma esso non discute la quistione, che però è degna di un serio esame.

crescere o diminuire le quantità espresse nel contratto. Ma non può dirsi che la condiziono della misurazione sospenda il prezzo, o lo renda perfettamente incerto. Provvisoriamente, vi è un prezzo indicato dal venditore, e calcolato sul numero d'jugeri dichiarati. Tal prezzo non è una dichiarazione senza valore. Esso è una delle basi del contratto, ed è considerato come talmente importante, che l'art. 1618 autorizza il compratore a considerarlo come un *maximum*, che non ha obbligo di oltrepassare. Non è come quando le parti si riferiscono a dei periti per la determinazione del prezzo. Allora vi è incertezza completa, finchè i periti non hanno fatto la loro dichiarazione, ed il compratore che ha voluto subire una tale eventualità, è obbligato di pagare il prezzo determinato da essi, per quanto sia forte. Nella nostra specie al contrario, il compratore ha contrattato sopra una base reale. Con questa ha misurato le sue facoltà, e si è deciso alla compra. La legge non vuole che le sue speranze sieno deluse. La condizione della misurazione è stata solamente prescritta come mezzo di sindacato, come verificazione dell'asserto del venditore. Ma frattanto vi è un prezzo: soltanto potrà essere dall'avvenimento aumentato o diminuito.

E ciò si sanziona dall'art. 1617, laddove dice: *il venditore è obbligato soggiacere ad una proporzionata diminuzione del prezzo.* Il prezzo dunque esiste, non è nei futuri contingibili. Ha una certezza provvisoria.

D'onde consegue, che la vendita non è gravata da una condizione sospensiva. Niente è sospeso, niente arresta o ritarda il concorso dei tre elementi *res*, *pretium*, *consensus*, dei quali la vendita si compone. La misurazione è una semplice facoltà che si prescrive nel corso di un anno (1), facoltà introdotta per rettificare degli errori di calcolo, che non debbono far numero. Ma del resto, ancorchè non fosse fatta, non impedirebbe al compratore di entrare in possesso, ed una prima misurazione non ne impedirebbe una seconda, di guisa che, se il compratore si accorgesse di essere stato ingannato dalla prima operazione, potrebbe reclamare finchè l'anno di grazia non fosse spirato (2). Lo che prova chiaramente che non è il fatto della misurazione che rende la vendita definitiva e la purifica dall'onere impostogli.

È tanto vero che nell'ipotesi da me discussa, la vendita è perfetta, ma che solamente è soggetta a modificazione (siccome in un computo ove fossero degli errori), che l'art. 1622 apre al compratore *un'azione* IN RESOLUZIONE *esercibile entro un anno, computabile dal dì del contratto*, se deve pagare un prezzo eccedente di una ventesima parte il prezzo convenuto. Ora un'azione in rosoluzione, suppone un contratto perfetto, e non un contratto sospeso da una condizione. La clausola della misurazione è tanto poco sospensiva, che se non si effettua, non per questo il contratto cessa di esistere, ed anzi, scorso un anno diviene puro e semplice (3). Ora tutti conoscono la definizione della condizione sospensiva data da Cujacio. *Conditio est causa apposita legato, qua existente, legatum debetur*, DEFICIENTE PERIMITUR, *suspensa suspenditur.*

(1) Art. 1622.
(2) L. 40, D., *De cont. empt.*
(3) Art. 1622.

Or bene! prima della misurazione, il corpo certo è dovuto all'acquirente! Prima della misurazione, nulla gl'impedisce di entrare in possesso! Malgrado il difetto di misurazione, la vendita raggiunge la sua perfezione!

Credo dunque che la vendita a misura, prevista dal nostro articolo, sia accompagnata da circostanze tali, che debba equipararsi alla specie espressa nella legge 40, D., *De cont. empt.*, « Qui fundum vendebat ita in lege « dixerat, *ut emptor in diebus triginta* « *proximis fundum metiretur*, *et de* « *modo renuntiaret*, *et si ante diem* « *non renuntiaret*, *et venditoris fides* « soluta esset. »

Invece di trenta giorni, l'art. 1622 accorda un anno; nè a senso mio vi sono altre differenze.

Tali considerazioni ci riconducono all'opinione di Pothier, ed alla dottrina sostenuta nel consiglio di stato.

Le confermeremo con alcune riflessioni intorno ai risici della cosa, prima della misurazione.

Compro una foresta a tanto la pertica, per il prezzo di 25,000 fr. Un incendio distrugge le alte piante; delle devastazioni rovinano il bosco ceduo prima che la misurazione sia fatta. Potrò recedere dalla vendita a causa di questa deteriorazione, ovvero esigere che il venditore ne sopporti il danno mediante una diminuzione del prezzo? No, senza dubbio. Ho il dritto di lagnarmi del difetto di quantità, ma non dell'avere la quantità consegnatami perduto di valore dopo il contratto (1).

Compro un podere a tanto per misura, mediante 60,000 fr. Ma prima che la misurazione abbia riscontrato la quantità dichiarata, il fiume si apre il passo dentro di esso, lo divide in due parti, trasporta seco la casa colonica, e invade dei terreni fertili, sopra i quali io aveva calcolato. Per quanto tal perdita possa essermi gravosa, non avrò dritto di far lagnanze; *res perit domino*. Il posto che era occupato dai campi, dovrà essere compreso nel calcolo della quantità.

Ma fermiamoci ad altro caso in apparenza più difficile.

Il fiume porta via i confini del podere, e si stende sopra una parte dei terreni limitrofi. Sarò io responsabile della forza maggiore che ha distrutte le parti dell'immobile indicanti la confinazione? Ho comprato a tanto per misura; debbo solo pagare ciò che la misurazione permette di riscontrare in modo sicuro.

Ad onta di queste ragioni, devesi ancora decidere che la perdita è del compratore. Infatti abbiamo detto che poteva prender possesso prima della misurazione. Ebbene! Supponiamo che egli abbia goduto del terreno che fronteggiava il fiume. Potrebb'egli, dopo averne fatto la raccolta, sostenere che è responsabile il venditore della perdita avvenuta? La ragione si oppone a tale conseguenza.

È lo stesso qualora il compratore non avesse preso possesso prima della misurazione. La stipulazione della misurazione ha per iscopo che le parti non sieno respettivamente vittime di un errore di calcolo. Essa apre

(1) Del resto, si giunge parimente a questo resultato, se pur si tiene tal vendita per condizionale, e la si considere sotto il punto di vista dei principii che hanno preceduto l'art. 1182 del codice civile (Ved. *supra*, p. 253, il passo di Brunemanno). Ma affinchè la mia argomentazione sia più completa, parto dalle ipotesi non contrastate dagli antichi autori che hanno esaminato la quistione, per giungere progressivamente a quelle che offrono delle difficoltà.

loro una via per farlo correggere, ma se ne esagererebbero gli effetti facendone pel compratore un mezzo di garantirsi dalla forza maggiore. Nell'intenzione dei contraenti, è impossibile ch' essa giunga a questo punto. Ecco dunque quale sarà la posizione delle parti. Se l'operazione della misurazione constaterà un deficit, il compratore chiederà una diminuzione di prezzo; ma il venditore avrà facoltà di provare che il deficit proviene da un avvenimento posteriore alla vendita, del quale non è responsabile; e se ha i mezzi di precisare gli antichi confini, il compratore dovrà pagare il prezzo di quanto essi comprendevano. *Res perit domino*. Tal risultato sarà giusto, perchè la misurazione restituisce contro un errore, contro una falsa dichiarazione, ma non contro la forza maggiore.

Infine facciamo un' ultima supposizione, ed ammettiamo che prima della misurazione l'immobile sia intieramente perito. A prima vista, sembra che il compratore possa dire: Ho comprato a condizione di poter misurare; la perdita della cosa mi rende impossibile quest' operazione che sola può determinare cosa debbo pagare. Sono dunque pienamente liberato.

Si deve nullostante rispondere, che il compratore deve il prezzo.

Troviamo nuovamente quì la ragione che poco fà adducevamo, cioè, che la clausola della misurazione si riferisce agli errori di quantità, e non agli avvenimenti di forza maggiore, che dopo la vendita hanno cambiato lo stato dei luoghi. Il venditore si è spogliato in favore del compratore di un immobile avente una quantità certa; l' oggetto del contratto non è stato un ente problematico. Questa proprietà è stata trasmessa al compratore mediante un atto non sospeso da veruna condizione. Non è dunque giusto che un fatto posteriore ed imprevisto, lo privi del prezzo sopra cui ha dovuto contare.

Invano il compratore objetta di non poter fare la misurazione, e di essere esposto a pagare più di quello che comportasse la vera quantità, poichè sarebbe possibile che infatti il possesso venduto avesse minore estensione di quella dichiarata. Gli si risponde, che se egli è esposto a pagar più, il venditore può temere dal canto suo di aver fissato un prezzo inferiore alla vera quantità; perchè egli ha l'azione *quanti majoris*, nella guisa istessa che il compratore ha l' azione *quanti minoris*. Quindi vi è parità di timori. Un pericolo compensa l'altro, e l'equità non può alterare la regola, *res perit domino*.

Finalmente conferma quest' argomento, il vedere che il codice concede al compratore soltanto un' azione per la diminuzione del prezzo, o per il recesso dal contratto, se la quantità è troppo forte. Ma non gli accorda alcun dritto per esonerarlo dal pagare il prezzo nella sua totalità.

Tali sono le ragioni che m' inducono a preferire l'opinione di Pothier, e quella prodottasi nel consiglio di stato. Confesso nondimeno, che la quistione non è scevra di spine, e bramerei che i giureconsulti l' esaminassero a fondo per supplire in ciò che manca nel mio lavoro.

330. Il deficit nella quantità di un immobile comprato con indicazione del numero delle stiora, non è un motivo per fare annullare la vendita. « Si « in quantitate, dice Voët, erratum « fuerit, *valet quidem venditio*, *nec*

« *ullo in casu ipso jure* nulla est....; « nam si, verbi gratia, fundus ad « quantitatem distractus sit..... mi- « nuendum esset pro rata pretium, « prout angustior inventus fuerit agri « modus, quam contractu expressum « est (1). »

Il confronto dell' artic. 1617 con l'art. 1618, somministra una prova in appoggio di questa verità. Perocchè il legislatore, dando al compratore l'azione dello scioglimento per il caso preveduto nell' art. 1618, glie la nega implicitamente per il caso dell' artic. 1617. Quest' idea si trova espressa ancora nel rapporto di Grenier, organo del tribunato. « Si noti una diffe- « renza tra la circostanza dell' ecce- « denza della quantità e quella del de- « ficit. Per la prima il compratore può « recedere dal contratto, mentre che « per la seconda tal facoltà non gli si « concede. La ragione della qual cosa « si è, che se la quantità è minore, « si presume sempre che il compra- « tore abbia voluto comprarla, ed è « incontrastabile che ne ha i mezzi, « poichè aveva voluto acquistarne una « maggiore (2). »

Non posso dunque accettare l'opinione di Duranton (3), il quale afferma che il compratore può chiedere lo scioglimento del contratto per difetto della quantità.

Si opporrà forse (come l'ho veduto fare talvolta), l'artic. 1636 del codice civile, per sostenere che il compratore dev' essere ammesso a provare che non avrebbe comprato se avesse saputo che la quantità era minore; ma l'argomento sarebbe erroneo. Addurrò nel numero seguente delle ragioni che si applicano perfettamente qui, e spiegano il vizio radicale di quest' analogia immaginaria.

La vendita dunque sussisterà.

Ma il compratore potrà costringere il venditore a consegnarli la quantità indicata nel contratto; e se non lo può, il venditore subirà una proporzionale diminuzione del prezzo (4).

L'acquirente potrà anche scegliere una diminuzione del prezzo.

331. Ho detto che la vendita sussisterà. Ma questa combinazione della legge non sembra in contradizione con l'art. 1602 del codice civile, il quale dispone, che se all' epoca della vendita, una parte della cosa è perita, il compratore avrà l'ozione di abbandonare la vendita, o di chiedere la parte conservata, facendo determinare un prezzo inferiore mediante stima? Qual differenza vi è pel compratore, tra il caso in cui la cosa è diminuita per forza maggiore, e quello in cui presenta un deficit in conseguenza di un errore? Dall' una o dall' altra causa non deriva sempre un difetto di tradizione? Non è evidente che la perdita di una porzione della cosa avrà sempre il resultato di operare la tradizione di una quantità minore? Perchè dunque nell' artic. 1602, la vendita è soggetta ad una condizione potestativa resolutiva per parte del compratore? Perchè al contrario nel caso dell' art. 1617, il compratore è vincolato da un' obbligazione indissolubile?

Di tale apparente antinomia non è difficile darne una conciliazione. Nel caso dell' art. 1602, la vendita ha per

(1) Ad Pand., *De cont. empt.*, n. 7.

(2) Locrè, t. 7, p. 111, Ediz. Tarlier.

(3) Duranton, t. 16 (t. 9, Ediz. Tar.), n. 223.

(4) Il venditore è evidentemente autorizzato dall' articolo presenta a procurarsi ciò che manca. Potrà a tale effetto separare una porzione di terra da un fondo vicino che gli appartenga, o acquistarlo da un proprietario limitrofe.

subietto una cosa certa promessa al compratore; egli ha dritto di averla materialmente, tale quale gli è stata ceduta, altrimenti di rescindere un contratto che non soddisfa alla sua espettativa. La cosa va diversamente nella specie dell' art. 1617. Il compratore ha veduto la cosa; com'egli l' ha esaminata, gli vien consegnata; niuna porzione materiale ne fu detratta; sussiste nello stato in cui era al tempo del contratto. Vi è solo errore nell'opinione che si aveva della quantità. Ma quest' opinione non è entrata nei motivi determinanti del contratto, poichè il compratore non volle trattare che a tanto per misura. Non vi son dunque ragioni per concedere al compratore la facoltà di recedere dalla vendita.

332. Nella misura della quantità, non debbono comprendersi le pubbliche strade ed i fiumi che traversano o confinano col fondo venduto, nè le sponde del mare che lo lambiscono; perchè queste cose essendo di pubblico dominio, sono evidentemente escluse dalle stipulazioni delle parti (1), eccetto il caso di contraria convenzione (2).

Sarebbe altrimenti di un canale o corrente di acqua, che fosse accessorio del fondo venduto; di un sentiero aperto per percorrerlo; di un muro o di un fosso divisorio o non divisorio, che servisse di recinto (3).

333. *Quid*, delle alluvioni sopraggiunte dopo la vendita?

Poichè la vendita è perfetta, sembra che l' alluvione debba andare a prò del compratore, e che non entri nella misurazione (4). A rigor di principio, ciò è incontrastabile. Ma un sentimento di equità aveva indotto i giureconsulti Romani nel pensiero che si dovesse temperare alquanto ed addolcire la severità della logica (5). L' alluvione è un benefizio della natura (6), è un dono del fiume (7). Ora se il venditore è in buona fede, se s' ingannò sulla quantità del suo immobile, non è egli più conveniente che questo accrescimento fortuito sia computato a lui che vien minacciato da una diminuzione di prezzo, a lui *qui certat de damno vitando*, anzichè al compratore, *qui certat de lucro captando*? Non è egli giusto, che questo beneficio non sperato, sia per lui un mezzo di couservare intatto il il prezzo convenuto? Quindi, nel caso della buona fede del venditore, si derogherà al principio generale, onde il prezzo non sia diminuito; *ne quid ei ex pretio depereat* (8). Ma se è in mala fede, il compratore profitterà dell' alluvione; perchè, siccome dice Ulpiano nella legge di cui espongo il concetto, *dolo fecit*, *nec dolus purgatur*. Niuno deve profittare del dolo, e nulla può risultarne.

Tal distinzione mi sembra troppo favorevole per non ammettersi nel nostro dritto, sempre fedele all' equità.

(1) Paolo, l. 51, D., *De cont. empt.*, e l. 7, § 1, *De peric. et com.* Pothier, *Vente*, n. 252.

(2) La l. 7, § 1 precitata, permette la convenzione con cui si conviene, che una strada pubblica sarà compresa nella misurazione. Pure la corte di Parigi giudicò all'opposto, con sua decisione 19 Maggio 1810 (Dalloz, *Vente*, p. 867, 868). Una tal decisione è inconcepibile (Art. 1134 del codice civile).

(3) Pothier, *Vente*, n. 253.

(4) *Supra*, n. 323.

(5) Ulp., lib. XIII, § 14, Dig., *De act. empt.*

(6) Copio l' elegante e sempre ingegnoso comento del Cujacio (Recit. solen., sopra questa legge).

(7) Cujacio cita questo verso di Lucano:

His rura colonis
Accedunt, DONANTE *Pado*.

(8) Parole del Cujacio.

334. Le spese della misurazione sono a carico del venditore; sono spese di tradizione, come dicono Basset (1) e Bourjon (2).

ARTICOLO 1618.

Se all' opposto, nel caso dell' articolo precedente, la quantità si trovi maggiore di quella che è stata espressa nel contratto, l'acquirente ha la scelta, o di corrispondere il supplimento del prezzo, o di recedere dal contratto, se l' eccedenza oltrepassa la vigesima parte della quantità dichiarata nel contratto.

SOMMARIO.

335. Caso di eccesso di quantità nella vendita a misura.
336. Il compratore ha dritto di far rescindere il contratto, se l' eccedenza è di una ventesima parte. Perchè ciò.
337. Il compratore può rinunziare al beneficio dell' articolo 1618.

COMENTO.

335. Abbiamo veduto le disposizioni della legge nel caso di deficit. L'articolo 1618 si occupa del caso di eccesso oltre la quantità promessa.

Siccome la vendita è a misura, è evidente che il compratore deve pagare il di più (3); ecco la regola.

336. Ma è possibile che il compratore non si sia determinato a contrattare se non perchè la quantità promessa, valutata secondo le basi del contratto, portava il prezzo ad una somma in rapporto con le sue facoltà. Ebbene! un eccesso imprevisto nella quantità eleva il prezzo al disopra dei suoi calcoli, e forse dei suoi mezzi pecuniarii! In tali circostanze, l'equità voleva che il compratore potesse rinunciare ad una vendita che gl' imponeva degli obblighi ineseguibili; il nostro articolo glie ne porge adunque la facoltà (4).

Ma all'oggetto che differenze quasi insignificanti non servissero di pretesto ad un acquirente animato da spirito di cavillo per rompere un contratto concluso in buona fede, l' art. 1618 vuole che non si ammetta rescissione, se l'eccesso della quantità non sarà almeno di una ventesima parte. Se è minore, l'acquirente dovrà calcolarlo al venditore senza dolersi; perchè un tal supplimento di prezzo non è tanto elevato da potergli esser gravoso; lo stabile lo indennizzerà de' suoi disborsi, e se soffre un sacrifizio egli è troppo leggiero perchè non debba rassegnarvisi nell' inte-

(1) T. 2, lib. IV, t. 16, cap. 6.

(2) T. 1, p. 482, n. 50. *Supra*, n. 288, e *infra*, n. 345.

(3) Pothier, *Vente*, n. 256.

(4) Secondo Voet, Grozio, Pinelle ed altri, il compratore aveva la scelta, o di pagare il supplemento del prezzo, o *di lasciare al venditore l' eccesso della quantità* (Voet ad Pand., *De cont. empt.*, n. 7). Oggi il compratore non potrebbe esigere un distacco; perchè la cosa venduta *nella sua totalita'*, non può esser divisa senza consenso del venditore. Il compratore non ha che la scelta di pagare o di sciogliere il contratto.

resse del commercio delle cose e della sicurezza dello transazioni.

337. La disposizione del nostro articolo introdotta a vantaggio del compratore, non è tanto assoluta ch' egli non possa rinunziarvi; e si reputa che vi abbia rinunziato, se fu stipulato nella vendita, che le parti *si terrebbero conto scambievolmente della maggiore o minor quantità;* poichè è evidente che in tal guisa il compratore promette di pagare il prezzo di tuttociò che superera la quantità annunziata. Così sentenziò la corte di Bordeaux, con decis. 19 Marzo 1811 (1).

La medesima corte però statuì il contrario, con altra decisione 7 Marzo 1812 (2); ma questa decisione sembra fosse dettata da circostanze particolari, le quali impedirono ai magistrati di ravvisare nella clausola in quistione, tutta l' energia che essa racchiude. La quantità effettiva oltrepassava il doppio di quella indicata nel contratto (diecisette *poignerées* invece di otto); il compratore poteva avere acconsentito a calcolare l'eccedenza della quantità, nella supposizione che non esistesse un così grave errore intorno alla quantità approssimativamente dichiarata. Nei motivi della decisione, che sono leggieri ed oscuri, trapela tutto l' imbarazzo della corte per lottare contro una stipulazione precisa, ma che appariva onerosa al compratore, la di cui posizione era favorevole ed interessante. Tal decisione non può formare un precedente; essa si aggira intieramente sopra i fatti.

(1) Sirey, 11, 2, 166. Dalloz riferisce malta incompletamente questa dezis. (*Vente*, p. 870, nota 6).

(2) Sirey, 12, 2, 391. Dallaz, *Vente*, p. 867, nota 2.

ARTICOLO 1619.

In tutti gli altri casi, Sia che la vendita venga fatta di un corpo certo e circoscritto, Sia che riguardi fondi distinti e separati, Sia che incominci dalla misura, oppure dall' indicazione del corpo venduto susseguita dalla misura, L' espressione di questa misura non lascia luogo ad alcun supplimento di prezzo in favore del venditore per l'eccedenza della medesima, e nemmeno vi è luogo ad alcuna diminuzione di prezzo in favore del compratore per la misura minore, salvo che la differenza della misura reale, in confronto di quella indicata nel contratto, ecceda la vigesima parte in più o in meno, avuto riguardo al valore della totalità delle cose vendute, quando non vi sia stipulazione in contrario.

SOMMARIO.

338. Collegamento. Opinioni sostenute nell'antica giurisprudenza sulla vendita di corpi certi, fatta con indicazione della misura.

339. Sistema più equo adottato dal codice civile. Esso dilegua la disputa di parole generate dalla distinzione in vendita che cominciavano *a mensura*, ad in vendita che cominciavano *a corpore*. Esso parifica la condizione del venditore a quella del compratore. L' espressione della misura non è da considerarsi, fuorchè se vi è l' errore di una ventesima parte.

340. Le stipulazioni particolari possono derogare alla

disposizione dell' art. 1619. La dichiarazione di una tal misura o *all' incirca*, dispensa il venditore dal completare la quantità? Dissenso con Duranton.
341. *Quid*, della clausola *senza garanzia di misura*? Errore della corte di Parigi e della corte di Bourges.
342. Delle clausole per aggravare l' obbligazione del venditore.
343. Come debba calcolarsi la differenza del ventesimo.
344. Quali oggetti debbono comprendersi nella misurazione. Rinvio.
345. A spese di chi si fa la misurazione. L'art. 1619 è applicabile alle vendite fatte per espropriazione?

COMENTO.

338. Quest'articolo è sapientemente redatto. Abbraccia e previene un gran numero di difficoltà. Per comprendere a fondo le sue disposizioni, è d' uopo assolutamente rimontare all' antica giurisprudenza.

Consultando Voët, si vede che questo giureconsulto sostiene che, a tenore delle leggi Romane, se un immobile era venduto come corpo, e non a ragione di tanto per ogni misura, *ad corpus, non ad quantitatem* (1), il difetto o l' esuberanza della misura non era motivo per diminuire o aumentare il prezzo, qualora però non vi fosse dolo, e menzogna fraudolenta per parte del venditore (2).

Altri sostenevano al contrario (ed era il maggior numero) che se il venditore alienava un corpo certo con indicazione della misura, era tenuto a completare la quantità nel caso di deficit; ch' egli non ne era esonerato fuorchè se nulla aveva accertato intorno alla quantità, ed aveva detto per esempio: *Vi vendo il tal podere che ALL' INCIRCA contiene cento stiora* (3). All' opposto, relativamente al compratore, volevano che verificandosi un' eccedenza nella quantità, il venditore facesse la tradizione della totalità della cosa, e non avesse dritto ad un supplimento di prezzo, purchè però il contratto fosse incominciato dall' indicazione del corpo venduto (4). È giusto, essi dicevano, che tutto sia a profitto del compratore, il quale è stato indotto a comprare per un tal prezzo; il venditore deve dolersi solamente di sè stesso, avvegnachè nulla l' obbligava a vendere in massa, ed a stabilire un prezzo definitivo. Solamente se il venditore, avendo venduto due terreni, aveva detto che ciascuno di essi conteneva un certo numero di stiora, mentre che l' uno ne conteneva più, l' altro meno, si dava luogo alla compensazione (5). E se nondimeno il compratore si trovava ancora in perdita, si voleva che il venditore lo indennizzasse somministrando la quantità promessa (6). Ma se la vendita avesse avuto principio dalla misura, per esempio, vi vendo cento stiora di terreno che formano il tal fondo, il compratore doveva pagare tuttociò che riceveva (7).

339. Un sistema più equo è stato

(1) Ad Pand., *De cont. empt.*, n. 7.

(2) Ulp., l. 13, § 14, Dig., *De act. empt.* Alf., l. 45, *De evict.*

(3) Despaisses, p. 45, n. 15. Covarruvias, lib. I. *Pratic. quæst.*, c. 3, n. 1. Mainardo, lib. IV, cap. 28. Fachineo, lib. II, cap. 27. Brunemanno sulla leg. ult., Dig., *De peric. et com.* Decisioni del parlamento di Dijon 28 Giugno 1603, del parlamento di Tolosa del Febbrajo 1580. Pothier, *Vente*, n. 251, 254.

S' invocarano le leggi 2 a 24, § 1, D., *De act. empt.* L. 42, *idem*, l. 69, § ult., Dig., *De evict.*

(4) Per esempio, vi vendo il tal terreno contenente tanta stiora.

(5) Paola, l. 42, Dig., *De act. empt.*

(6) Molin., sul cod. *De cont. empt.* Fachin., *Cont.*, lib. II, c. 27. Despeisses, p. 25, n. 15, col. 2. Pothier, n. 255. Si può eziandio consultare Henrys, t. 2, p. 548. Bonifac., t. 2, p. 214.

(7) Despaisses, *loc. cit.*

adottato dal codice. La posizione del venditore è stata parificata a quella del compratore. Non si è voluto che un errore involontario fosse per il venditore una causa di perdita, e per il compratore un' occasione di locupletarsi con altrui danno.

La distinzione tra le vendite che cominciano dalla misura, e quelle che cominciano dalla cosa, è abolita. Il più sovente si aggirava sulle parole, ed era una sorgente di dispute puerili. Ogniqualvolta una vendita non è fatta a tanto per misura, è una vendita in massa, e la formula di cui le parti si sono servite non può variarla.

Se è vendita in massa, e se ha per subietto un corpo certo, ovvero più fondi distinti e separati, i quali sono altrettanti corpi certi, la specificazione della misura è secondaria. Un errore di poca importanza nella quantità dell'immobile venduto, nulla deve cangiare nelle stipulazioni della vendita; perocchè le operazioni dirette alla misurazione dei terreni non possono mai condurre ad un' esattezza rigorosa, e vi sono sempre alcuni errori o in più o in meno nel loro resultato. Inoltre, il tempo produce necessariamente delle variazioni nella circoscrizione dei possessi. Se questi consistono in terreni coltivati, l' aratro spinge il suo solco sul campo limitrofo, e conquista lentamente ed impercettibilmente un aumento di quantità che viene forse ad essi rapito da un'altra parte. Se confinano con una foresta, il suolo di questa tende incessantemente ad ingrandisi a loro danno. L'espressione della misura adunque racchiude sempre, rapporto agli stabili, qualcosa d' incerto (1), e non si doveva mostrare sopra tal proposito una severità, la quale non avrebbe fatto che attizzare lo spirito di cavillo.

Ma se l' errore di quantità è assai grande perchè ne risulti un pregiudizio reale, ogni parte ha dritto di reclamare. Secondo il nostro articolo, è d' uopo che sia di una vigesima parte (2). Se questo sarà in meno, l' acquirente avrà dritto di esigere che il venditore consegni la quantità dichiarata, o subisca una diminuzione proporzionale del prezzo; se sarà in più, il compratore potrà reclamare un supplimento di prezzo, a forma dell' art. 1620 che or ora esamineremo.

340. Ciò non pertanto, speciali stipulazioni possono derogare a queste combinazioni della legge. (Art. 1619.)

La clausola disponente che il venditore cede e trasferisce uno stabile di 200 stiora *o all' incirca*, non è sufficiente per liberare dall' obbligazione imposta dal nostro articolo (3). Tutto il suo effetto si limita ad esonerare il venditore da una garanzia aritmetica, e in questo rapporto può dirsi, che essa è inutile, poichè ai termini della legge, tal rigorosa garanzia non gli è imposta. Ma quando il deficit è di una vigesima parte o più, si esce dal circolo delle approssimazioni, e l' articolo 1619 debb'essere applicato (4).

Così stabilivano nell' antica giuri-

(1) Nelle cose fungibili, l' esattezza matematica è più facile ad ottenersi. È perciò che si è detto sull' art. 1585, che il compratore ha dritto che gli si calcoli il deficit. *Supra*, n. 92.

(2) Ciò è preso dall' art. 10, t. 15, dell' ord. dell' acque e foreste del 1669.

(3) *Contra*, Duranton, t. 16 (Ed. Tar., t. 5), n. 229.

(4) Così fissò una decisione della corte di Parigi, 16 Giugno 1807 (Dall., *Vente*, p. 870, nota 7). La narrative dei fatti, assai importante in queste specie, manca nella collezione di quest' autore (Ved. il *Journal du Palais*, 1807, p. 216).

sprudenza Henrys (1) e Bourjon (2). Essi opinavano, che attesa questa restrizione, il venditore doveva consegnare, *fino alla sola differenza di una trigesima parte*, la quantità segnata nel contratto. Dopo il codice la quota soltanto è cambiata, ma l' opinione di questi autori rimane intatta; imperocchè l' art. 1619 è stato disteso sotto la sua influenza (3).

341. Ma la clausola, *senza garantire minimamente la quantità*, contiene una deroga all' art. 1619?

La corte di Parigi sentenziò la negativa, con decis. 16 Giugno 1807 (4); essa pensò, che tale stipulazione non produca alcun effetto, se non che quando il deficit non oltrepassa una vigesima parte. Eguale decisione fu emanata dalla corte di Bourges, in data del 12 Luglio 1808 (5).

A parer mio non si può giudicar peggio. Se occorresse un'autorità per provarlo, citerei le parole di Berlier nella discussione dell'art. 1619 (6). « L' opinante propone adunque la vi- « gesima parte invece della decima (7), « ed *osserva che tal decisione non pre-* « *giudicherà alle stipulazioni proprie* « *a redimere il venditore che avrà ven-* « *duto il fondo* NELLO STATO IN CUI « SI TROVA, O SENZA VERUNA GARAN- « ZIA DELLA SUA QUANTITA'. »

« Tali clausole sono un richiamo « alla vigilanza del compratore, e lo « suppongono informato, o gl' impon- « gono d' informarsi dei dettagli; ma « quando, all'opposto, il venditore in- « dica la misura, tale indicazione ad- « diviene la regola del compratore, e « la sua garanzia; e basta in questo « caso che possa esservi la differen- « za di una vigesima parte tra la quan- « tità promessa, e quella consegnata. »

Del resto, la corte di Parigi si è allontanata dalla sua propria giurisprudenza, con decisione 9 Luglio 1827, confermata con decisione della corte di cassazione, 18 Novembre 1828 (8). E la corte di Bourges ha imitato quest'esempio, con decis. 31 Agosto 1831 (9). Si può eziandio consultare una decisione della corte di Liegi 20 Febbrajo 1812, la quale conferma tale giurisprudenza (10), ed è distesa in modo rimarchevole.

342. Nella guisa istessa che il venditore può liberarsi dalla garanzia, ancorchè vi sia un deficit superiore ad una vigesima parte, può essere egualmente obbligato, mediante una clausola espressa della vendita derogatoria all' art. 1617, ad indennizzare il compratore del deficit, quantunque minimo esso sia.

343. È un' osservazione importante, che la differenza di una vigesima parte debb' essere misurata sul prezzo della vendita, e non sull' estensione del terreno (11). Potrebbe infatti essere avvenuto, che la differenza tra la quantità dichiarata e quella effettiva si verificasse in terreni di poco valore. Allora la differenza di superficie

(1) T. 1, lib. IV, cap. 6, q. 83.

(2) T. 1, p. 483, n. 51.

(3) Berlier l' ha invocata formalmente (Locré, t. 7, p. 33, Ediz. Tarlier).

(4) Dal., *loc. cit.*, e *Journal du Palais*.

(5) Dal., 33, 2, 9.

(6) Locré, t. 7, p. 33, Ediz. Tarlier.

(7) La commissione aveva proposto di lasciare intatta la vendita, se l' errore non giungeva ad una decima parte. Berlier fece redigere l' art. quale l' abbiamo.

(8) Dal., 29, 1, 18.

(9) *Ibid.*, 23, 2, 9.

(10) *Ibid.*, V *Vente*, p. 810, n. 5.

(11) *Avuto riguardo* AL VALORE *della totalità delle cose vendute*, dice il nostro articolo, *infra*, n. 355.

avrebbe potuto essere di un decimo, mentre che nel prezzo non sarebbe stata che di un centesimo. Sarà dunque uopo prendere la differenza sulla totalità del valore, e tal valore si regolerà sul prezzo (1).

Ma se la quantità di ogni specie di terreno fu dichiarata nel contratto di vendita, sarà agevole il riconoscere la specie di terra la di cui quantità è difettosa, e di abbuonarne il prezzo. Si comprende perciò, che la differenza non dev' esser presa sul valore totale della tenuta venduta (2).

344. Si applichi qui ciò che si è detto disopra, n. 332 e 333, intorno agli oggetti che debbono eccettuarsi dalla misurazione.

345. Quanto alle spese della misurazione, io penso che debbano essere a carico dell' acquirente. Così decide anche Basset (3). Egli distingue « an « venditio incipit a mensura aut a cor- « pore. Primo casu, sumptibus ven- « ditoris hæc mensuratio est facienda; « secundo casu, emptoris. » Infatti, quando un immobile si vende come corpo certo, la tradizione è affettuata dal compratore quando rimette i titoli della proprietà, o dà al compratore il possesso fisico della cosa. La misurazione non è un' operazione necessaria della tradizione; è nell' interesse del compratore; deve dunque subirne le spese. Lo che diversifica se la cosa è venduta a misura. L' operazione della misurazione allora si connette intimamente con la tradizione.

Che se il compratore avesse fatta fare la misurazione prima della vendita per conoscere la quantità, non è meno evidente, secondo l' art. 1593, che le spese di questa verificazione debbano essere a di lui carico.

Si noti però, che se il compratore non facesse fare la misurazione, ed il venditore si credesse interessato a procedervi nella supposizione di un eccedenza, non potrebbe costringere il compratore nè a farla, nè a pagarne la spesa. Siccome la misurazione sarebbe esclusivamente di suo interesse, dovrebbe farla a sue spese (4).

(1) Tronchet, Béranger e Bigot, nella discussione al consiglio di stato sull'art. 1619 (Locré, t. 7, p. 34).

(2) Bigot, *loc. cit.*

(3) T. 2, lib. IV, t. 16, cap. 6.

(4) Il disposto dell' artic. 1619 è applicabile alle vendite fatte per espropriazione?

La corte di Agen con decisione 22 Marzo 1811 stabilì la negativa; ma abbiamo in senso contrario quella della corte di Besançon 4 Marzo 1813 (Dalloz, *Saisie*, p. 800).

La prima opinione è da preferirsi. In tal sorta di alienazioni, non è il proprietario che vende, ma è l' autorità della giustizia che fa le veci di venditore, e che aggiudica la cosa *tal qual è* (Domat, lib. 1, t. 2, sez. 11, n. 17. *Infra*, n. 583); ed in fatti l'art. 675 del cod. di proced. civile non obbliga di dare nel quaderno delle condizioni della vendita che un' indicazione approssimativa della quantità.

Si vorrebbe che l' espropriato potesse esigere un aumento di prezzo in caso di eccedenza nella quantità? Ciò sarebbe ingiusto. La legge gli concesse tutti i mezzi per verificare nel quaderno delle condizioni della vendita ogni errore che potesse esistervi, e farne reclamo innanzi l' aggiudicazione. L' ammettere de' reclami allorchè tutto è consumato, sarebbe lo stesso che abbattere l' economia della legge.

In reciprocanza non è attendibile per parte dell' aggiudicatario la dimanda per diminuzione di prezzo in difetto di quantità. Come avverte Domat (*Supra*, n. 341) egli acquistò la cosa *tal qual è*: e in tal sorta di vendite ciò è sottinteso. D' altronde l' aggiudicatario compra per il solito a prezzo vile, e l' azione *quanti minoris*, non farebbe che aggiungere a questo male.

(D' Olive, lib. IV, cap. 25).

ARTICOLO 1620.

Nel caso in cui, secondo il precedente articolo, vi è luogo all'accrescimento di prezzo per eccedenza di misura, il compratore ha la scelta, o di recedere dal contratto, o di supplire il prezzo, e ciò cogl' interessi, se ha ritenuto lo stabile.

SOMMARIO.

346. Rinvio. Quando si debbono gl' interessi?

COMENTO.

346. Vedansi le nostre osservazioni sull'art. 1618, e articolo seguente.

Riguardo agl'interessi, osserverò che il compratore non gli deve per l' aumento del prezzo, se non gli deve per il prezzo principale (1); non sarebbe razionale che il supplimento producesse interessi, se non gli producesse anche il prezzo principale.

ARTICOLO 1621.

In tutti i casi in cui il compratore ha dritto di recedere dal contratto, il venditore è tenuto a restituirgli oltre il prezzo, se lo ha ricevuto, le spese del contratto medesimo.

SOMMARIO.

347. Obbligazione del venditore di restituire, in caso di resoluzione della vendita, il prezzo e le spese del contratto.

COMENTO.

347. Quest' articolo si riferisce all'articolo 1618 siccome all' art. 1620. È giusto che il venditore renda il prezzo, se lo ha ricevuto, e restituisca al compratore le spese di un contratto che vien resoluto in sequela delle false dichiarazioni di cui egli solo è colpevole (2).

ARTICOLO 1622.

L'azione pel supplimento del prezzo, che compete al venditore, e quella per la diminuzione del prezzo, o per il recesso dal contratto che compete al compratore, devono proporsi entro un anno, da computarsi dal giorno del contratto, *sotto pena della perdita delle loro ragioni.*

(1) *Infra*, n. 597 e seg.

(2) Duranton, t. 16 (t. 9, Ed. Tar.), n. 259.

SOMMARIO.

348. Necessità di stabilire una prescrizione annuale per le azioni generate dall' errore di quantità.
349. Tal prescrizione corre contra i minori, ed altre persone privilegiate.
350. La prescrizione annuale ha luogo, sia che l' azione sia fondata sul disposto della legge, sia che derivi dalle convenzioni delle parti. Confutazione di due decisioni di Bordeaux e di Montpellier.
351. Il venditore ed il compratore, potrebbero tra loro convenire di una prescrizione più lunga della prescrizione annuale?
352. La prescrizione annuale di cui parla l' art. 1622 non si applica alle vendite di cose mobili.
353. L' art. 1622 non si applica al caso di un venditore che chieda il prezzo di un terreno usurpato, oltre il corpo certo venduto; nè al caso in cui il compratore agisca per la restituzione di una porzione dell' oggetto venduto ritenuta dal venditore.
354. L' art. 1622 forma la regola nelle vendite a misura? Distinzioni.

COMENTO.

348. Se le azioni per deficit, o eccedenza di quantità, non fossero racchiuse entro brevi termini, le proprietà sarebbero sotto il dominio dell' incertezza, e le mutazioni sarebbero addivenute una fonte perenne d' inquietodini (1). Queste azioni dovranno dunque intentarsi nello spazio di un anno a datare dal giorno del contratto, sotto pena d' inammissibilità.

Questo tempo sufficiente per constatare degli errori, la verificazione dei quali è possibile ad ogni istante (2), e chi è rimasto nell' inazione durante questo termine, si presume a buon dritto che abbia rinunziato al difetto, o all' eccedenza sulla quantità.

Tale è la disposizione del nostro articolo; esso contiene una saggia innovazione all' antica giurisprudenza, la quale limitava soltanto col lasso di tempo ordinario la durata di questa specie di azioni.

349. Questa prescrizione annuale corre contro tutte le persone privilegiate; perchè è di principio che queste persone sono soggette alle prescrizioni abbreviate (3).

350. Le disposizioni cotanto savie dell' art. 1622, debbono applicarsi sì quando l' azione per il supplimento o per la diminuzione del prezzo è fondata sugli articoli 1616, 1617, 1618, 1619, 1620, 1621, sì quando trae origine da convenzioni speciali, che avessero derogato a questi articoli.

È vero che alcune decisioni, facendo una distinzione tra questi due casi, vollero che la prescrizione annuale non potesse invocarsi, se non che quando l' obbligazione di completare la quantità od il prezzo, emerge dalle disposizioni della legge, ma non quando tale obbligazione è stata regolata mediante clausole speciali e derogatorie. Così giudicarono le corti di Bordeaux (4), e di Montpellier (5), e Delvincourt approva questo modo d' interpetrare la legge, perchè allora abbiamo l' azione *ex empto*, o *ex vendito*, che solo si prescrive nello spazio di trent' anni, e perchè, in mancanza di un' espressa eccettuazione, il dritto comune deve prevalere (6).

A senso mio, un tal sistema deve rigettarsi. Il nostro articolo è genera-

(1) Portalis, *Exposé des motifs* (Locré, t. 7, p. 74, Ediz. Tarlier).

(2) Fabre, oratore del tribunato, insiste esso pure sulla facilità dell' operazione (Locré, t. 7, p. 91).

(3) Dunod *Prescript.* — Duranton, t. 16, n. 237, Locré, t. 9, Ediz. Tarlier.

(4) 19 Marzo 1811 (Dalloz, *Vente*, pag. 870, nota n. 7).

(5) 5 Giugno 1827 (*ibid.*, 28, 2, 170).

(6) Delvincourt, t. 3, p. 141.

le nelle sue espressioni, ed i motivi che lo hanno fatto adottare dal legislatore sono assolutamente i medesimi nel primo e nel secondo caso. Non si deve permettere, che per aver derogato, come la legge autorizza a farlo, alla regola della vigesima parte, si possa dopo 25 anni e più, turbare, sotto pretesto di un errore di quantità, dei possessi consolidati dalla buona fede, inquietare dei terzi che hanno acquistato in dettaglio, e promuovere delle controversie il più delle volte insolubili; avvegnachè la divisione progressiva delle proprietà, lo smembramento indefinito dei beni rustici, le variazioni di recinto, le mutazioni nei nomi dei luoghi in tal modo cambiati, rendono più che mai impossibile la ricognizione degli antichi limiti.

Si osservi d'altronde quanto sono vane le ragioni delle quali si fa forte questa giurisprudenza. L'artic. 1622, essa dice, e per la sua sede, e per la relazione con gli articoli precedenti, non si riferisce che all'esercizio del dritto da essi creato. Senza dubbio, io risponderò; e ciò appunto condanna l'opinione che io censuro. La ragione è palpabile.

L'art. 1616 impone al venditore l'obbligo di fare la tradizione della quantità precisata nel contratto (non si tratta qui della cosa istessa, ma di una quistione di quantità, di più o di meno); e quest'obbligo apre al compratore un'azione, che è un ramo dell'azione *ex empto*.

Da un'altra parte, se il venditore è tenuto a far la tradizione della quantità, non è tenuto a consegnare una quantità maggiore, e se vi è eccedenza, il dritto naturale vuole che abbia un'azione parallela a quella del compratore per l'aumento del prezzo.

Rapporto agl'immobili, queste due azioni del compratore e del venditore, non presuppongono una precisione aritmetica nelle quantità; il rigore del *summum jus*, qui subisce le modificazioni annunziate dall'articolo 1616.

Leggendo gli articoli che seguono l'art. 1616, e che ne sono il complemento e la spiegazione, si trova che queste modificazioni hanno due origini diverse: 1° le combinazioni della legge (1), 2° le stipulazioni delle parti (2).

Diciamo le stipulazioni delle parti, e ciò è importante e decisivo; l'articolo 1619 le pone sulla stessa linea delle combinazioni della legge.

Ora, non deriva da questo rinvio degli art. 1616 e 1619, combinati con le stipulazioni delle parti, che tali convenzioni private non generano altra azione di quella, che tutti gli articoli del codice, dall'art. 1616, fino all'art. 1621, accordano per conseguire l'adempimento delle combinazioni della legge? Qualunque sia la cagione, convenzione privata, o volontà del legislatore, non è sempre un'azione tendente ad ottenere un supplimento di prezzo, o una diminuzione di prezzo, o la resoluzione del contratto? Non è egli chiaro, che la differenza è soltanto nelle quantità, e non nella sostanza del dritto? E quindi, l'art. 1622 non deve reclamare l'influenza che gli spetta, sì a motivo della generalità e della precisione dei suoi termini, sì a motivo dello scopo che si è prefisso, sì finalmente per la sua connessione con l'art. 1616 e con gli articoli seguenti, i quali col

(1) Art. 1618, 1619, 1620.

(2) Art. 1619, e *Supra*, n. 331.

sistema da essi stabilito lasciano un posto eguale alle previsioni del legislatore, ed alle previsioni delle parti, ma non accordano a queste veruna preferenza sopra quelle?

È dunque manifesto, che tutte le distinzioni che combatto, sono uno sforzo dell'arbitrario per sottrarsi a dei testi formali. Quando il legislatore ha annunziato nell'art. 1616, delle modificazioni ad una severità troppo scrupolosa nel calcolo delle quantità, ha voluto che vi fosse parità di efficacia e di estensione tra quelle che derivano dalla legge, e quelle che dipendono dal libero arbitrio delle parti; tutte sono richiamate, organizzate, od autorizzate dagli articoli ai quali l'art. 1622 necessariamente si riferisce. Perciò, lungi dall'essere il caso delle stipulazioni speciali limitativo di quest'art. 1622, devesi al contrario decidere, che tal circostanza di clausole particolari intorno alla quantità, è una delle applicazioni positive, espresse, particolarmente previste dagli art. 1616 fino al 1621, e dall'art. 1622, di cui sono l'inseparabile correlativo.

E fu così giudicato dalla decisione della corte di Colmar 29 Maggio 1817 (1), e da quella di Agen, 7 Luglio 1832 (2). Senza dubbio la giurisprudenza finirà con prevalere in questo senso.

351. Ma almeno, l'acquirente ed il venditore potrebbero regolare tra loro, mediante un patto derogatorio, una prescrizione diversa da quella dell'art. 1622?

L'affermativa sembra risultare da una decisione della corte di cassazione 25 Maggio 1830 (3), che ha statuito aver potuto le parti sottrarsi all'art. 1622, e porsi sotto l'influenza dell'art. 8 del tit. 16 dell'ordinanza del 1669. Ma è d'uopo osservare, che si trattava di una vendita di boscaglia, e che la corte di cassazione ha più volte deciso, che quel titolo dell'ordinanza del 1669 è applicabile ai boschi dei particolari siccome ai boschi dello stato (4). Questa decisione adunque ha meramente giudicato una ipotesi speciale, e non la quistione in generale. È un principio che non si può anticipatamente renunziare ad una prescrizione non acquisita, e questa regola dell'art. 2220 deve qui ricevere tutta la sua applicazione.

352. Ma l'art. 1622 non può estendersi senza errore alle vendite di cose mobili. Tutti gli articoli ai quali abbiamo visto al n. 350 che si riferisce, non concernono che le vendite immobiliari. Esiste in questo senso una decisione della corte di cassazione, 24 Maggio 1815 (5), e non si può concepire come ciò abbia generato dubbio. Quindi, se un soprassuolo boschivo (6) è venduto per tagliarsi, l'azione per ottenere il supplimento del prezzo non si prescriverà dentro un anno, ma soltanto nel termine ordinario.

353. L'art. 1622 non può neppure estendersi al caso di un venditore che dimandasse il prezzo di una porzione di terreno usurpata oltre un corpo certo stato venduto (7); perchè questo non sarebbe un reclamo fondato so-

(1) Dall., *Vente*, p. 872.

(2) *Ibid.*, 23, 2, 29.

(3) *Ibid.*, 30, 1, 253.

(4) Decis. del 25 Febbrajo 1812 (Dall., V *Choses*, p. 457, e Sirey 14, 1, 181).

(5) Dall., *Vente*, p. 872, n. 1. Répert., V *Vente*.

(6) Sirey riferisce in questo senso una decisione del 25 Febbrajo 1812 (14, 1, 180), che trovasi in Dalloz, V *Choses*, p. 457. Ved. ancora Beaudrillart, sul *Code forestier*, t. 2, p. 76.

(7) Decisione suddetta.

pra un'eccedenza di quantità. Sarebbe del pari inapplicabile, se il venditore avesse ritenuto il possesso di una porzione del corpo certo venduto, e se l'acquirente ne esigesse la tradizione; perocchè ponderando i termini adoprati dal legislatore, si vedrà che limita solo con la prescrizione annuale l'azione *pel supplimento*, o *per la diminuzione del prezzo*, e *l'azione per il recesso dal contratto*; ma tace sull'azione per la restituzione della parte dell'oggetto venduto che il venditore ritiene in contravvenzione all'atto di alienazione che lo ha spogliato.

354. Si è preteso, e sembra risultare da una decis. della corte di Besanzone 14 Marzo 1811 (1), che l'art. 1622 debba ristringersi alle vendite di corpi certi; che regola solo l'azione concessa dagli art 1619, 1620, 1621, 1622 del codice civile, ma che non è la legge delle vendite immobiliari fatte a ragione di tanto per misura, anco nei casi previsti dagli art. 1617 e 1618.

Tal proposizione è un errore. L'art. 1622 non fa distinzione. Sempre, ove si fa luogo ad aumento o diminuzione di prezzo, è la regola che si deve osservare. Le sue espressioni resistono ad ogni limitazione della natura di quelle rammentate.

Il luogo in cui è collocato vi resiste egualmente. Infatti l'art. 1621 che lo precede è ad evidenza il complemento tanto dell'art. 1618 che riguarda le vendite fatte a ragione di tanto per misura, quanto dell'art. 1620, che riguarda le vendite *per aversionem*. L'art. 1621 pone in rilievo questi due articoli, e queste due specie di vendita. Ora dimando come mai sarebbe possibile, che l'art. 1622 che immediatamente succede, e che non fa alcuna distinzione, non abbracciasse del pari e l'art. 1618, e l'art. 1620?

Vado più oltre, e sostengo che l'articolo 1622 dev'essere osservato, ancorchè si trattasse di un fondo venduto senza indicazione di quantità, ed a tanto per misura, od anche di tante stiora da prendersi in un fondo di maggiore estensione.

Io non voglio già dire che le parti hanno il solo spazio di un anno per fare operare la misurazione, la quale perfeziona la vendita, e pone la cosa a risico del compratore. Infatti finchè non vi è misurazione, non vi è prezzo cognito, o non cosa certa, e quindi non si comprende la possibilità di chiedere l'aumento o la diminuzione di un prezzo che non esiste, la rettificazione in più o in meno di una vendita che non ha raggiunto la sua perfezione. Ma intendo soltanto denotare che, a misurazione ed a tradizione effettuata, se il venditore o il compratore pretendono che vi sia errore di quantità, abbiano un anno dalla data della misurazione (la quale sola ha reso in tal caso perfetta la vendita) per far rettificare gli errori.

Quindi, vi vendo 20 stiora di bosco da prendersi nella mia foresta di Aulniers. Vi dò il possesso della quantità promessa. Ma bentosto vi accorgete, che il calcolo dell'estensione è erroneo. Avrete dritto a chiedere la rettificazione di tale errore mediante l'azione autorizzata dal nostro art. (2), ma a condizione che non passi un anno, altrimenti una invincibile prescrizione sorgerà contro di voi.

(1) Ved. Dalloz, V. *Choses*, p. 45.

(2) La legge 40, Dig., *De cont. empt.*, lo porta espressamente.

ARTICOLO 1623.

Si sono venduti due fondi *con lo stesso contratto*, *e per un solo e medesimo prezzo*, coll' indicazione della misura di ciascuno di essi, quando si trovi che la quantità sia minore nell' uno, e maggiore nell' altro, se ne fa la compensazione fino alla debita concorrenza; e l' azione tanto pel supplimento, che per la diminuzione del prezzo, non ha luogo se non in conformità delle regole superiormente stabilite.

SOMMARIO.

355. Compensazione che si opera quando, di due fondi vendoti, uno ha più estensione, l' altro meno. Tal compensazione si fa tra i valori respettivi, e non tra le quantità. Affinchè l' art. 1623 sia applicabile, è d' uopo che i due fondi sieno alienati col medesimo contratto, e per un solo e medesimo prezzo.

356. *Quid*, quando vi è deficit soltanto in uno dei due fondi venduti per un solo e medesimo prezzo?

COMENTO.

355. Quest' articolo è preso dalla legge 42, Dig., *De act. empt.*, che abbiamo superiormente citata al n. 338, e che era stata riprodotta dai nostri antichi autori (1).

Supponiamo, per esempio, che Pietro venda una vigna ed un campo, per la somma di 20,000 fr., con l' indicazione di 20 jugeri per la vigna, e 20 pel campo. Si trova che la vigna ha solamente 15 jugeri, ed il campo 25. L' eccedente del campo si compenserà col deficit della vigna: « id quod in « uno abundat, cum defectu in altero « compensandum est (2). »

Si noti tuttavia che la compensazione non si fa tra le quantità, ma tra il prezzo da loro rappresentato. Ciò è conforme a quello che abbiamo detto al n. 323; senza di che si perverrebbe ad un risultato ingiusto, e, a cagion d' esempio, se la vigna fosse di un valore superiore al campo, si obblighebbe il compratore a ricevere 5 jugeri di cattivo terreno invece di 5 di perfetta qualità, lo che non può essere. Ecco dunque come si procederà. Si faranno stimare i 5 jugeri del campo che sono in più, e si computerà il loro valore sul deficit. Se dopo questa operazione, vi è deficit di un ventesimo sul prezzo, il compratore agirà con l' azione *ex empto*, onde ottenere un defalco.

Perciò, se supponiamo che ogni jugero della vigna valga 300 fr., ed ogni jugero del campo 100 fr., mancheranno sul prezzo della vigna 1500 fr., i quali si compenseranno fino alla debita concorrenza con i 500 fr. di più del valore del campo. Rimarrà un deficit di 1,000 fr., cioè di un ventesimo, che darà luogo all' azione *quanti minoris* (3).

All' oggetto che la compensazione autorizzata dal nostro articolo si effettui, è *necessario* che la vendita dei due fondi distinti sia stata fatta *per*

(1) Despeisses, p. 25, n. 15. Pothier, *Vente*, n. 257.
(2) Brunemanno, sulla leg. 42, D., *De act. empt.*
(3) *Junge*, Duranton, n. 16 (t. 9, Ediz. Taclier), n. 231.

un solo e medesimo prezzo, e *col medesimo contratto :* diversamente vi sarebbero due vendite, e si rientrerebbe sotto l'impero dell' art. 1619. Il compratore potrebbe rinunciare alla vendita che contiene eccedenza, ed ottenere una diminuzione di prezzo, sopra quella che contiene un deficit (1).

356. L' art. 1623 si occupa del solo caso in cui un fondo ha maggiore estensione, ed un altro ne ha meno.

Ma se uno dei due fondi avesse la quantità promessa, mentre che sull'altro vi fosse deficit, si procederebbe a forma della regola contenuta nell' art. 1619 (2).

A modo d' esempio, la vigna contiene 20 jugeri, come il venditore ha indicato, ma il campo ne ha soli 17. Il difetto di quantità oltrepassa dunque la ventesima parte in quest'ultimo immobile; ma siccome ha un valore mediocre, il deficit non è stimato più di 300 fr., che non costituisce un deficit di una ventesima parte sul prezzo totale dei 20,000 fr. In tale stato di cose, il compratore non potrà intentare l' azione per la diminuzione del prezzo, perchè l' art. 1619 vuole che il deficit sia calcolato sul prezzo, e non sulla quantità. Ma qui abbiamo un prezzo in massa per i due stabili, e la circostanza dell' unità del prezzo fa sì che non possa procedersi come se i due fondi fossero stati venduti separatamente, e come oggetti distinti. È chiaro, che l' intenzione delle parti è stata di contemplarli come insieme uniti, e come formanti uno stesso corpo di beni.

Viceversa, se il campo ha i 20 jugeri indicati nel contratto, e se la vigna ne ha soli 17, il deficit di 3 jugeri sul terreno di miglior qualità produrrà sul prezzo totale un deficit di 1,500 fr., cioè di oltre una ventesima parte; perciò il compratore avrà l'azione per la diminuzione del prezzo.

Ma se l'estensione di ciaschedun terreno fosse stata precisata nel contratto, e per formare il prezzo totale le parti si fossero limitate ad addizionare il loro valore parziale, ogni qualità di terreno dovrebbe considerarsi isolatamente (3). Queste sarebbero altrettante vendite distinte, le quali non dovrebbero avere tra loro alcuna influenza (4).

ARTICOLO 1624.

La quistione per riconoscere a carico di chi, tra il venditore ed il compratore, debba cadere *la perdita*, o *la deteriorazione* della cosa venduta e *non peranco consegnata*, sarà giudicata a norma delle regole prescritte al titolo *dei contratti*, *o delle obbligazioni convenzionali in genere.*

(1) Può consultarsi la decisione della corte di Parigi, 19 Maggio 1810, emanata in una specie in cui le vendite erano state fatte mediante atti separati (Dall., *Vente*, p. 867). Faccio rimarcare, che il collettore ha omessa di riferire i motivi del giudicato di prima istanza adottati dalla corte.

(2) *Supra*, n. 343.

(3) *Ibid.*

(4) Avvi poi un'osservazione la di cui giustezza mi sembra incontrastabile, cioè, che l' art. 1623 non si collega che all' ipotesi prevista dall' art. 1619, e che trovasi estraneo al caso dell' art. 1617.

SOMMARIO.

COMENTO.

357. Quando la cosa è stata consegnata al compratore, è palpabile che la deteriorazione o la perdita della cosa venduta è a suo carico, poichè il venditore più non conserva, nè la proprietà, nè il possesso.

Ma la quistione si complica, se il venditore non ha peranche fatto la tradizione (1).

Tutta questa materia dipende da due principii fondamentali; il primo, che durante il tempo che scorre tra il contratto e la tradizione, il venditore ha l'obbligo d'impiegare nella conservazione della cosa, l'attenzione di un buon padre di famiglia (2); il secondo, che la vendita una volta perfezionata, e la proprietà trasferita nel compratore, a quest'ultimo spetta il pericolo della cosa (3).

358. Il famoso adagio, *res perit domino*, è stato tratto da una costituzione di Diocleziano e Massimiano (4), nella quale si ricerca, se il pericolo della cosa data in pegno riguarda il creditore pignoratizio, ovvero il debitore che ne ha conservata la proprietà (5). Ma tale adagio non era già una regola invariabile nel dritto Romano (6); esso non era applicabile che quando si opponeva il padrone a quelli che hanno la custodia o l'uso della cosa, per esempio, al depositario, al comodatario, o al creditore pignoratizio; ma la regola era falsa quando si opponeva il padrone debitore al creditore; la cosa periva per il creditore, piuttostochè per il proprietario, il quale ne veniva liberato. Ecco perchè, sebbene la vendita non trasferisse la proprietà fino alla tradizione della cosa (7), pure la cosa era a risico del compratore (8).

Questo sistema del dritto Romano fu giudicato contrario al dritto naturale da Puffendorfio e Barbeyrac, ma soprattutti da Grozio, la di cui autorità è tanto più grave (9), e che insegna, che nella maggior parte delle antiche legislazioni, i frammenti delle quali sono giunti fino a noi, il pericolo della cosa riguardava il venditore fino alla tradizione. Perciò, Cujacio aveva tentato di riconciliare le leggi Romane con l'equità, basandosi sopra un testo d'Affricano (10), per sostenere che il compratore, privo della cosa, doveva essere dispensato dal pagarne il prezzo (11). Ma questa sorte di scappavia non aveva raccolto i suffragii degli interpetri; perocchè, sebbene questo passo di Affricano non fosse stato male spiegato da Cujacio, pure era costante, che una folla di leggi, tutte egualmente formali, dirette e perentorie, lo contradicevano, e respingevano tal sentimento nella classe delle opinioni isolate (12).

(1) Si sottintende qui che la cosa sussista all'epoca della vendita, senza di che la vendita sarebbe nulla. (Art. 1601.)

(2) Art. 1136, codice civile.

(3) Art. 1138, codice civile.

(4) L. 9, C. *De pignor. act.*

(5) Ducaurroy, *Instit. expliq.*, e. 1040.

(6) Pothier lo ha dimostrato, *Vente*, e. 308.

(7) *Supra*, n. 37.

(8) Inst. *De empt. vendit.*, § 3. Paole, l. 8, Dig., *De peric. et com. rei venditæ.*

(9) *De jure pacis et belli*, lib. II, e. 12, n. 15.

(10) L. 33, D., *loc. cond.*

(11) *Ad Afric.*, tract. 8.

(12) Pothier, *Vente*, e. 308. Ducaurroy, *Inst. expliq.*, t. 3, n. 1040.

In Francia, queste leggi erano state adottate dagli scrittori, e dalla giurisprudenza. Sebbene il compratore non fosse proprietario prima della tradizione, pure era gravato del risico della cosa di ciò era creditore.

359. La teoria del codice civile sulla traslazione della proprietà per opera della sola energia della convenzione (1), ha posto in perfetta armonia le nozioni del dritto naturale con la regola, *la cosa perisce pel compratore.* Infatti il compratore essendo investito della proprietà tostochè il contratto pervenne alla sua perfezione, il proprietario è quegli che soffre la perdita della cosa, e non ci rimane che a dire con la ragione, e la più stretta giustizia, *res perit domino.*

E quindi le deteriorazioni sofferte dalla cosa dopo la vendita, ed anche la distruzione che l' annienta onninamente, tutto è a carico del compratore, il quale però non cessa di essere obbligato al pagamento del prezzo. Le perdite e le deteriorazioni, sono ciò che si chiama. *periculum rei venditæ.* Si tratta di un animale venduto, il pericolo è la morte, una ferita, la fuga, il furto. Si tratta di un edificio, il pericolo è l' incendio, la demolizione, la distruzione. Si tratta di un possesso fondiario, è il terremoto che vi scava un abisso, un vulcano che l' invade, un fiume che inghiottisce la via da lui percorsa. Si tratta di una nave, è il naufragio o l' avaria. Si tratta di liquidi, derrate, ed altre simili coso, è l'acidità, la corruzione, etc. In una parola, qualunque sia la cosa, è la divisione delle parti, la rovina, il cambiamento che attacca la sostanza, etc. (2).

360. Ma tali pericoli che il compratore è obbligato, come vero proprietario, a sopportare, sono quelli l' origine dei quali è posteriore alla vendita: perchè se avessero una causa anteriore, occasionerebbero un regresso in garanzia, come vedremo poscia. Sono ancora quelli prodotti da avvenimenti imprevisti, dalla forza maggiore (3); perchè se fossero conseguenza del fatto del venditore, questi ne sarebbe responsabile.

361. Qui sorge l' applicazione di questa regola dell' art. 1136, che fino alla tradizione l' acquirente *deve conservare la cosa*, pena dei danni ed interessi, e quella dell' art. 1137, che tale vigilanza debb' essere quella *di un buon padre di famiglia.*

Cajo diceva parimente (4): « Ta-
« lis custodia desideranda est a ven-

(1) Ved. l' art. 1583, e le mie osservazioni.

(2) Voet, ad Pand., *De peric. et com. rei venditæ*, n. 1.

(3) Vi è sulla forza maggiore una dotta dissertazione di un giureconsulto Italiano nominato *Averani*, che si distingue per l' eleganza del suo stile, e per le sue interpetrazioni ingegnose, sebbene talvolta arrisichiate (*Interpret. Juris*, lib. II, c. 26). Le leggi Romane che parlano della forza maggiere sono: L. 23, Dig., *De reg. juris.* L. 25, § *vis major.*, e leg. 33, Dig., *Locat. cond.* L. 11, § *si locuplet.* D., *De minorib.* L. 1, § *et ille*, Dig., *De oblig.* Leg. 3, § 1, Dig., *Nautæ, caupones.* L. 52, § 3, Dig., *Pro socio.* L. 3, Dig., *De inst. leg.* L. 24, § Servius, *De damno infecto.* L. 5, § 4, Dig., *Commod.*

Cicerone disse: « *Communem et incertum casum ne- « que vitare quisquam neque præstare ullo pacto po- « test.* » (Ep., l. 5, c. 17.) Con le parole *communis*, Cicerone vuol significare, *quello che può succedere a tutti.*

Vinnio dà la seguente definizione della forza maggiore: « *Casum fortuitum definimus omne quod humano « cœptu prævideri non potest, nec cui prævisio potest « resisti.* » (Partit. juris, lib. II, c. 66.)

Hotman distingue cinque specie di casi fortuiti. 1° *Divinum*, il fulmine, la tempesta, etc.; 2° *Naturale*, la morte, il diroccamento per vetustà, etc.; 3° *Humanum*, la violenza, il fatto del principe, etc.; 4° *Bestiale*, il danno prodotto da un animale furioso, etc.; 5° *Fluviale*, le devastazioni commesse da un fiume.

(4) L. 35, § 4, Dig. *De cont. empt.*

« ditore, *qualem bonus paterfamilias* « *suis rebus adhibet;* quam si præstiterit et tamen rem perdidit, securus esse debet. »

Ma cosa deve intendersi per un buon padre di famiglia? qual è il grado di vigilanza che la legge ha voluto esigere, quando ha preso per tipo la condotta del buon padre di famiglia?

Per rispondere a tale quistione, occorre esaminare la teoria della colpa che divide gli scrittori moderni (1), del pari che gli antichi. Quest'è il luogo di esporre le idee che mi sembrano dover prevalere intorno alla riparazione delle perdite causate dall'altrui negligenza; materia importante, che occupa tanto posto nei differenti contratti, di cui in seguito parleremo. D'altronde, quale scrittore può scrivere oggi sul dritto, senza venire intimato ad enunciare la sua opinione intorno alla prestazione della colpa? Siete voi per Toullier contro Duranton? Preferite Proudhon a Blondeau? Avete scelta tra Vinnio e Ducaurroy? È vero che fino ad ora i tribunali sonosi mostrati assai indifferenti sopra queste dispute di cattedra; ma forse si potrebbe fare ad essi il rimprovero di non avere in altro modo sopito la vivacità della quistione, fuorchè schiacciando tuttociò che è discussione di sistema e difficoltà di legge, sotto la comoda interpetrazione dei fatti, e sotto un equo, ma facile arbitrio. Ciò non pertanto, in questa, come nelle altre materie, vi sono regole che non debbonsi disprezzare, le quali soccorrono al magistrato, e fanno brillare dei lumi preziosi per chi ha missione di ponderare i fatti, e giudicarli. Siffatte regole mi sono sembrate semplici e giudiziose; le esporrò come le comprendo; in ogni caso, ed ancorchè io andassi errato, prego il lettore di non farmi il rimprovero di deviare in oziose digressioni. Tra tutti i sistemi, il meno scusabile, a parer mio, si è quello il quale, sotto pretesto di fuggire lo spirito di sistema, si fa una legge di non averne alcuno.

La teoria della colpa è assai confusa nei testi del dritto Romano. Vinnio (2), Pothier (3), Eineccio (4), e la maggior parte degli interpetri, distinguono tre specie di colpa, *la colpa lata*, LATA CULPA, *la colpa leve*, LEVIS CULPA, *la colpa levissima*, LEVISSIMA CULPA. Queste tre colpe corrispondono, secondo essi, a tre specie di diligenza; quella del padre di famiglia trascurante pei suoi proprii affari, quella del padre di famiglia economo, attento e savio; quella finalmente del padre di famiglia dotato di una instancabile sollecitudine, che vigila con cent'occhi sempre aperti (5). La colpa lata è l'omissione della diligenza, cui è capace un uomo disattento per carattere e per abitudine; la colpa leve è l'oblio della vigilanza del buon padre di famiglia; infine, la colpa levissima è l'omissione della diligenza che gli uomini i più attivi impiegano nei loro affari (6).

Dietro queste definizioni, i giureconsulti dei quali parlo, distribuisco-

(1) Toullier, t. 6 (t. 3, Ediz. Tarlier), n. 230 e seg. Duranton, t. 10 (t. 6, Ediz. Tarlier), n. 393 e seg., fino a n. 415. Proudhon, *Usufrutto*, t. 3, p. 472 e seg. Blondeau, *Thémis*, t. 6, pag. 310. Ducaurroy, *Inst. expliq.*, t. 3, p. 172, n. 1067 e seg.

(2) Sul § 2, *Quib. mod. res contrah.*

(3) Osservazioni impresse in fine del suo Trattato *Del contratto di matrimonio*, e Merlin, Rép., V *Faute*.

(4) *Element. juris etc.*

(5) Eineccio, *loc. cit.*

(6) *Idem.*, n. 787. Ved. sotto la suddistinzione che facevano tra *la colpa* IN CONCRETO, *e la colpa* IN ASTRATTO.

no la prestazione della colpa secondo la seguente simmetrica e ingegnosa partizione: 1° nei contratti che non producono utilità per il detentore della cosa, questi è tenuto soltanto alla colpa lata. 2° Nei contratti che hanno per oggetto l' utilità di amendue le parti, come la vendita e la locazione, si presta la colpa leve. 3° Infine, nei contratti nei quali il detentore della cosa ricava tutto l' utile, siccome nel comodato, questo detentore è responsabile della colpa levissima.

362. Ma altri giureconsulti non meno gravi, combattono questa triplice decisione, ed ammettono due soli gradi di colpa: la colpa lata, e la colpa leve (1); la colpa lata, che consiste nell' omissione della diligenza che d' ordinario si adopra nei proprii affari, e che si apprezza relativamente alle abitudini individuali della persona (2); la colpa leve, che consiste nell' omissione della diligenza di cui un uomo attento alla pari di qualunque altro fa uso nella conservazione di ciò che gli appartiene, colpa che si misura sulla vigilanza dell' uomo prudente considerato in generale, del buon padre di famiglia, preso con le qualità che gli si attribuiscono quando se ne fa un tipo astratto (3).

Dipoi, riferendo queste due specie di colpa all' esecuzione dei varii contratti, questi giureconsulti dicono (4): Se la persona che riceve o custodisce la cosa per restituirla, si obbliga gratuitamente, è tenuta soltanto al dolo ed alla colpa lata che si parifica al dolo; se riceve in custodia la cosa per un interesse qualunque, è sempre tenuta alla colpa. Ma a qual colpa? È d' uopo distinguere: se l' obbligazione è compensata da un vantaggio reciproco, come nella società o nel pegno, si fa luogo alla prestazione della colpa lata, più spesso che della colpa leve; se l' obbligazione produce un vantaggio esclusivo al detentore, siccome nel comodato, il detentore è sempre tenuto alla colpa leve. La sola differenza adunque che esiste tra i contratti della prima e quelli della seconda specie, si è, che questi impongono sempre la medesima responsabilità, quella della colpa leve, mentre che quelli non impongono invariabilmente una responsabilità uniforme: ora è la colpa lata, ora la colpa leve. Ma se impongono l' obbligo di prestare la colpa leve, non vi è alcuna differenza tra essi e le obbligazioni formate in un interesse esclusivo; e non è vero, come dicono Vinnio e Pothier, che i contratti che hanno per oggetto un interesse reciproco debbano sempre generare una responsabilità meno estesa dei contratti posti in essere nell' interesse esclusivo dell' obbligato.

Siffatta teoria non è così semplice come quella che fino ad oggi ha trionfato nell' insegnamento del dritto, e nell' opinione dei giurisperiti; ma la credo più vera e più conforme ai testi. Avrà infine il disopra, e vincerà la

(1) Donello (*Comment. jur. civ.* XVI, 7). Coccejo, (*Exerc. curios.*, p. 58). Thomasius (*De us. pract. doct. de culpar. præst. in cont.*). Lebrun, avvocato al parlamento di Parigi (*Essai sur la prestation des fautes*). Hasse, giureconsulto Tedesco, ha riprodotto, non è molto, la stessa dottrina (*Die culpa des roemischen rechts*); ed è stata adottata e difesa da Ducaurroy, con la precisione e la forza che gli è propria (*Inst. expliq.*, t. 3, n. 1068 e seg.).

(2) Celso lo dice positivamente nella leg. 32, Dig., *Dep. vel. contra.*

(3) Inst., *Quib. mod. res cont.*, § 2. Idem, *De oblig. quæ quasi ex cont.*, § 1.

(4) Copio questo sunto da Ducaurroy, n. 1073.

sua rivale. Siccome si riferisce al dritto Romano puro, non mi fermo sopra di essa più lungamente; e pensando che basta di rinviare chi vuole esaminare a fondo tal controversia all'eccellente opera di Ducaurroy, passo al sistema del codice civile.

363. I discorsi degli oratori del governo incaricati di presentare il codice civile, provano che il legislatore moderno ha maggiormente inclinato ad allontanarsi dal sistema di Vinnio e di Pothier, che ad adottarlo.

« Questa divisione della colpa, diceva Bigot de Préameneu, è più ingegnosa che utile nella pratica. La teoria con la quale si divide la colpa in classi senza poterle determinare, non può che spargere un falso lume, e divenire il soggetto di controversie più numerose. »

Pure, leggendo l'art. 1137 del codice civile, il quale riassume quasi tutte le innovazioni che il legislatore volle introdurre in questa materia, si scorgono le contradizioni nei termini di quest' articolo, e le facilità che sembra riserbarsi per porsi d'accordo col sistema respinto da Bigot.

« L'obbligo di vigilare alla conservazione della cosa, *tanto se la convenzione non ha per oggetto che l'utilità di una delle parti, quanto se ha per iscopo la loro utilità comune*, sottopone colui che ne è incaricato ad impiegarvi tutta la diligenza di un buon padre di famiglia. »

Stando a questo paragrafo, sembra che il codice abbia voluto aprire una strada ignota all' antica giurisprudenza ed al dritto Romano; all'antica giurisprudenza, poichè non riproduce la distinzione delle tre specie di colpa, e offrendo per modello della diligenza del detentore quella del buon padre di famiglia, abolisce la colpa levissima a cui il buon padre di famiglia non è tenuto; al dritto Romano, poichè non ricerca il carattere del contratto e l'utilità che se ne ricava, e facendo della diligenza del buon padre di famiglia la regola di tutti i contratti, non vuole che vi sieno dei casi nei quali la sola mancanza del dolo o della colpa lata faccia evitare la responsabilità di una perdita, che una colpa leve non ha impedita.

Fin qui tutto è chiaro, ed alcuno potrà forse dire, tutto va bene.

Ma leggiamo il § che segue, e noi vedremo questa innovazione rimpiccolirsi, e ristringersi in modo singolare.

« *Quest' obbligo è più o meno esteso relativamente ad alcuni contratti*, i di cui effetti, a questo riguardo, sono spiegati nei rispettivi titoli. »

Come! l'obbligo di vegliare alla conservazione della cosa può essere *più esteso* di quello che si è definito!! Ma allora dunque vi è una diligenza più esatta di quella del buon padre di famiglia? e quindi ecco la colpa levissima che riprende il suo antico impero!!

O invece, tale obbligo può essere *meno esteso* !! e allora dunque vi è una diligenza meno esatta di quella del padre di famiglia? ed ecco la colpa lata che venne esclusa dal primo paragrafo, ristabilita nel secondo!!!

364. È vero che esaminando poscia tutte le applicazioni fatte dal legislatore del suo principio sulla prestazione della colpa, non si riscontra in verun luogo che egli abbia richiesto da chicchessia una vigilanza di dritto più attiva di quella del buon

padre di famiglia (1). Tal vigilanza è ritenuta sempre come il limite, oltre il quale nulla può pretendersi. In fatto dunque, la nuova comparsa della colpa levissima nel secondo § dell' articolo 1137, è al più una menzione onorevole di quello che cessò di esistere. E quindi più sensibile addiviene il difetto nella redazione di quest' articolo 1137.

365. Non è lo stesso della colpa lata, la quale in più casi è additata dalla legge come la sola cosa della quale possa esigersi riparazione. Citerò l'art. 804 del codice civile, che dispone: « L' erede *beneficiato non è* « *tenuto* CHE PER MANCANZE *gravi*, « *commesse nell' amministrazione di* « *cui è incaricato* (2). »

Rammenterò anco l' art. 1927, che obbliga il depositario a fare uso nella conservazione della cosa depositata *della medesima diligenza che impiega per custodire le cose che gli appartengono* (3); il cho, in altri termini è obbligarlo esclusivamente alla prestazione della colpa lata, ed esonerarlo da quella vigilanza, senza la quale non si è buon padre di famiglia.

Ciò non basta. Se il mandato è gratuito, il mandatario, secondo l' articolo 1992, non sarà tenuto che alla colpa lata (4).

Similmente, il giudice può prendere in considerazione le circostanze per rendere il gestor dei negozj (*negotiorum gestor*), responsabile soltanto della colpa lata (Art. 1374) (5).

366. È rimarchevole, che i casi nei quali la colpa lata è il *maximum* della responsabilità, sono appunto quelli nei quali il possesso della cosa è priva di utile per chi ha l' onere di conservarla. Infatti l' erede beneficiato risente spesso piuttosto incomodo che vantaggio dalla successione; e quindi non si addebita che della colpa grave. Il depositario presta un servigio amichevole; la custodia del deposito è per lui gravosa: la sola colpa lata gli sarà rimproverata. Pure, so per eccezione riceve un salario, se il deposito è unicamente di suo interesse, diviene responsabile della colpa leve (Art. 1928). Il mandato gratuito è un peso, e non un profitto; laondo il mandatario è responsabile solamente della colpa lata, e per esser tenuto alla colpa leve, deve ricevere un salario (Art. 1992). Che è ciò, se non la distinzione del dritto Romano tra le convenzioni che hanno per oggetto l' utilità del detentore, e quelle che non gli arrecano vantaggio? Perchè dunque proscrivere tal distinzione nel § primo dell'art. 1137, se nell' applicazione si è impotenti ad evitarla? E la giustizia d' altronde esige che si conservi; perocchè chi fa un sagrifizio gratuito non deve trattarsi con tanta severità, come chi adopra in suo vantaggio la cosa detenuta, o come chi è pagato per conservarla.

367. L' art. 1137 è dunque com-

(1) Gli articoli del codice civile che trattano della colpa sono: 450, 601, 804, 1137, 1245, 1374, 1382, 1383, 1562, 1624, 1728, 1732, 1733, 1806, 1850, 1880, 1882, 1927, 1928, 1992, 2037, 2080. Proverò in breve la mia asserzione contro Toullier, Proudhon e Duranton.

(2) L. 22, § 3, Dig., *Ad S. C. Trebellian.*

(3) Quest' art. 1927 è desunto dalla leg. 32, Dig., *Depositi vel contra*, in cui Celso insegna, che non avere per la cosa altrui la cura che si ha della propria, è frode (*fraude non caret*), o, e torna lo stesso, una colpa lata. Può vedersi Gotofredo sopra questa legge.

(4) Dico la colpa lata, perchè l' art. 1992 allude ad una vigilanza meno esatta di quella del buon padre di famiglia.

(5) Simile osservazione.

pilato in un modo intricato e confuso; fissa delle regole troppo generali; promette più che non mantiene. Suppone l'esistenza di quello che non esiste, la colpa levissima, e fa credere alla soppressione di una distinzione che è mantenuta in tutto il suo vigore, e ch' era stato ingiusto di abolire.

368. Ma di fronte a tali imperfezioni dell' artic. 1137, esclameremo forse con Duranton, che niuna differenza vi ha tra la teoria del codice civile sulla colpa, e l' antica giurisprudenza, che si diceva l'eco del dritto Romano? Dichiareremo al contrario, che l' art. 1137 ha un gran significato, e che ha introdotto dei felici miglioramenti, che non si possono negare senza essere infedeli al suo spirito ed alla sua lettera.

369. Prima di tutto ripetiamo cosa abbiamo detto al n. 364, cioè, che il codice civile toglie di mezzo ogni ricerca ed ogni responsabilità della colpa levissima.

Qui risponderemo a Toullier, che vuole che per legge vi sia sempre l' obbligo per la colpa levissima (1); a Proudhon, che rinviene delle tracce di tal colpa in alcune disposizioni eccezionali del codice civile; ed a Duranton, il quale sostiene, che ve n' è l' obbligo, in tutt' i casi in cui l' antica giurisprudenza lo ammetteva.

370. Cominciamo da Toullier, che per il primo ai dì nostri ha portato la face della critica sopra questa parte del codice civile; questo giureconsulto ha rilevato gl' inconvenienti della divisione tripartita di Vinnio, Einеccio e Pothier. Ma per fuggire delle distinzioni viziose e spesso imbarazzanti, è caduto, a senso mio, nell'eccesso contrario, rigettando qualunque specie di distinzione, e volendo che qualsivoglia fatto dell' uomo, non escluso quello che costituisce una leggerissima mancanza, dia luogo ai danni ed interessi.

L' art. 1137 non si presta a questo soverchio rigore. La regola che esso fissa si è, che quegli cui incombe la custodia di una cosa, deve impiegarvi *tutta la diligenza di un buon padre di famiglia*, e nulla più (2).

371. Ora, cos' è la diligenza di un buon padre di famiglia? È la diligenza di quegli, che al dire di Eineccio (3), sta in mezzo tra l' avaro dai cent' occhi, e l'uomo negligente e dissipato. È, nel sistema del quale Ducaurroy è l' organo, e che io pienamente adotto, la diligenza che un individuo diligente, quanto sogliono esserlo gli uomini, adopra nella conservazione di ciò che gli appartiene. In conseguenza, in questo punto i due sistemi combaciano, e conducono ad una stessa definizione, cioè a quel giusto mezzo, che è nella natura dell' umanità.

372. Sopra che adunque si basa Toullier per trovare nel codice una disposizione che accresca l' austerità dell' art. 1137? Sono gli articoli 1382 1383 che vengono in suo soccorso; l' art. 1382 che dispone: « Qualunque « fatto dell' uomo che arreca danno « ad altro, obbliga quello per colpa del « quale è avvenuto a risarcire il danno. » L' artic. 1383 che aggiunge: « Ognuno è responsabile del danno

(1) T. 6 (T. 3, Ediz. Tarlier), n. 233.

(2) Ho dimostrato sopra, n. 364, che la seconda parte dell' articolo annuncia sopra di ciò le possibilità di una eccezione, di cui niun testo offre esempio.

(3) Inst., n. 786.

« che ha cagionato, non solamente « per un fatto proprio, ma ancora per « sua negligenza, o per sua impru- « denza. »

Ecco, dice Toullier, dei testi che cancellano ogni distinzione tra la colpa leve, e la colpa levissima. Vi è stato danno? ciò basta per essere in obbligo di ripararlo. Poco importa che tale danno provenga da una colpa lata o leve, od anche levissima.

Ma Toullier non osserva che questi due articoli, che gli sembrano tanto decisivi, sono estranei alla materia dei contratti, ma si riferiscono alla sola materia *dei delitti*, e dei *quasi-delitti*; che perciò non potrebberó esser tolti dal titolo che gli contiene, per limitare l'art. 1137, che è la regola delle colpe contrattuali (1).

L'errore di Toullier fu anche quello degl' interpetri del dritto Romano, i quali avendo notato che nella materia dei quasi-delitti, Ulpiano diceva (2) che ricorre la prestazione della colpa levissima, trasportarono questa specie di colpa nella materia ben diversa delle colpe contrattuali.

373. Dico non doversi confondere le colpe contrattuali con i delitti, od i quasi-delitti.

Nei contratti, effettivamente si segue la fede del debitore. Volontariamente gli si consegna o gli si lascia la cosa della quale è reso custode. Venditore, fittajuolo, socio, comodatario, depositario, mandatario, creditore pignoratizio, tutti sono investiti della cosa per un atto di fiducia del creditore. Questi ha saputo con chi trattava; ha potuto far la legge, dettare le sue condizioni, imporre una responsabilità più o meno grande. Nulla particolarmente avendo stipulato a tal riguardo, è da supporsi che egli abbia calcolato soltanto sulle precauzioni che suggerisce la prudenza comune ed ordinaria degli uomini probi ed attenti, e che non abbia voluto dai suoi incaricati quella prudenza estrema ed insolita, che la natura ha negato al maggior numero degli uomini. Se avesse richiesto più dell'esattezza del buon padre di famiglia, avrebbe dovuto farne l'oggetto di una stipulazione espressa. Il suo silenzio è una prova che nulla ha desiderato di straordinario e di troppo oneroso.

All' opposto, nella materia dei delitti e dei quasi-delitti, non tratto con chi mi ferisce per la rapidità del suo cavallo, con chi mi rompe un braccio gettando un corpo duro dalla sua finestra, con chi, per mancanza di precauzione, appicca il fuoco alle mie messi. Io non ho cercato, non ho scelto quell' imprudente; non ho potuto imporgli delle condizioni sul grado di responsabilità che ha verso me; non ho potuto liberarmi da lui, nè evitarlo. È dunque straordinario, che nell' imputare questa specie di fatti la legge proceda diversamente che nell' apprezzare la colpa contrattuale? Esiste parità tra dei rapporti casuali nati da un incontro o da una vicinanza funesta ma inevitabile, e dei rapporti regolati dalla volontà ponderata delle parti? Si può far confronto tra degli accidenti contro i quali la parte lesa non ha potuto premunirsi mediante alcuna previsione, e che la leg-

(1) Tale osservazione è stata fatta da Proudhon (*Usuf.*, t. 3, n. 1514), e da Duranton, t. 10, p. 418 (l. 6, Ed. Tarlier), n. 408.

(2) L. 44, D., *Ad legem Aquiliam*. « In lege Aquilia et LEVISSIMA CULPA venit. »

ge deve sforzarsi di prevenire frapponendo la sua severità, con dei danni sofferti a motivo di volontarie comunicazioni, nelle quali si è tutto potuto calcolare?

374. Queste ragioni non si applicano agli obblighi che si formano senza convenzione, siccome quelli del tutore, del condomino che non si è scelto, del gestor dei negozj, dell'erede beneficiato. Ma altre considerazioni non meno potenti impediscono che si estendano ad essi gli articoli invocati da Toullier.

Il tutore esercita spesso una funzione legale o dativa. Vien tolto ai suoi affari perchè attenda a quelli di altri. Sembra quindi che la sua gestione sarà irreprensibile, se in essa ha fatto uso della stessa diligenza che impiega nell' amministrazione della sua fortuna personale. Si osservi nondimeno, che egli è destinato a vigilare gl' interessi di un minore, e che la causa del minore è sempre privilegiata. Il tutore presterà dunque la colpa leve, ma questo sarà il *maximum* della sua responsabilità, e l'esigere di più sarebbe un'ingiustizia.

Il condomino datovi dal caso è vostro comproprietario dell' oggetto indiviso. Se ne gode, usa in certo modo della cosa sua. Che potete dunque chiedergli oltre il grado di vigilanza che spende nei suoi propri affari? Non potete, qualora lo troviate trascurato e disattento, liberarvi dalla sua gravosa società, intentando la divisione? Chi vi obbliga a tollerarlo? Pure, in ossequio al principio generale dell'articolo 1137, acconsento a largheggiare più del dritto Romano, che gli rimproverava la sola colpa lata (1), ed a renderlo debitore della colpa leve, cioè ad esigere da lui l' attenzione di un buon padre di famiglia considerato in astratto. Ma giungere fino alla colpa levissima è parlare da stoico, e non da giureconsulto.

Il gestor dei negozii (*negotiorum gestor*), vuol rendervi un servigio, e vi arreca spontaneamente il tributo della diligenza di cui è capace per i suoi proprii affari. La bontà dell'intenzione non deve fare obliare che pecca d' imprudenza, ossia di colpa, chi si mischia negli altrui affari con una capacità limitata. La legge dunque esige da lui più della riparazione della colpa lata; quella della colpa leve. Rapporto alla colpa levissima, come potrete imputargliela? Se aveste amministrato voi stesso il vostro patrimonio, la vostra amministrazione sarebbe stata quella di un padre di famiglia diligente, come lo sono in generale gli uomini prudenti; ma non è verisimile che avreste impiegato quella vigilanza infatigabile, estrema, minuziosa, fiancheggiata da pensieri e da sollecitudini, la quale è una rara eccezione in società. Perchè dunque pretendereste dal vostro gestor di negozii, più e meglio di quello che voi stesso avreste fatto in vece sua?

Finalmente, l' erede beneficiato amministra senza proprio interesse. Nulla di più naturale che contentarsi dell' attenzione di che userebbe nei suoi proprii affari. È impossibile accrescere la sua responsabilità objettandogli di essersi mescolato in ciò che non gli apparteneva. La sua qualità d' erede replica all' objezione.

375. A questi argomenti dottrinali vuolsi aggiungere il corredo dei testi; non ne conosco uno da cui possa desumersi il pensiero del legisla-

(1) Paolo, l. 25, § 16, Dig., *Familiae ercisc.*

tore di debito della colpa levissima.

L'art. 450 raccomanda al tutore di amministrare da *buon padre di famiglia*. Nel senso che è stato sempre attribuito a queste parole, la colpa levissima non è imputabile al padre di famiglia (1). Sarà Toullier in grado di provare, che tali espressioni hanno un significato diverso nell'articolo 450?

376. L'art. 804 dà carico all'erede beneficiato della sola *colpa grave*. Siamo dunque ben lontani dalla colpa levissima.

377. L'art. 1137 tanto da noi rammentato, stabilisce quel sistema medio che voglio far prevalere. Le parole *tutta la diligenza di un buon padre di famiglia*, vi hanno il medesimo significato che ad esse viene attribuito dall'art. 450, e da tutti gli autori che hanno scritto prima del codice. E ne è una prova il vedere che quest' articolo nel § seguente suppone esservi dei casi nei quali si può esiger *più o meno* della diligenza di un buon padre di famiglia. Se dunque è possibile esigere di più, ciò prova che la colpa levissima non è compresa nelle disposizioni del primo §, e che il legislatore ha voluto parlare della sola colpa leve.

378. L'art. 1245 impone al debitore di una cosa certa la responsabilità dei deterioramenti *per sua colpa* accaduti prima della tradizione. Si dirà, che siccome questo testo non precisa il grado di colpa di cui intende parlare, non vi ha motivo per escludere la colpa levissima? Ma l'art. 1245 non deve disgiungersi dall'art. 1137 del quale riproduce a un dipresso il disposto. Ora l'art. 1137 non dà debito della colpa levissima a chi ha l'onere di consegnare una cosa affidata alla sua custodia. La *colpa*, presa isolatamente, implica adunque soltanto l'idea di colpa leve. Tale pure era il significato che riceveva nel dritto Romano. *Culpa est*, diceva il giureconsulto Paolo, *quod cum A DILIGENTE provideri poterit, non esset prævisum* (2). In dritto, i pregii o i difetti degli uomini e delle cose, s'interpetrano sempre in un senso medio.

379. A forma dell'artic. 1374, il gestor dei negozii deve far uso nella sua gestione di *tutta la prudenza di un buon padre di famiglia*. Il senso di questa frase è troppo determinato perchè sia necessario d'insistervi, e faccio osservare che questo maximum è tanto più rimarchevole, che secondo gl'interpetri del dritto Romano, vi erano dei casi nei quali la responsabilità del gestor dei negozii poteva estendersi fino alla colpa levissima (3). Non è egli chiaro che il codice con la sua definizione ha voluto allontanarsi da questa via?

Lo stesso si dice negli articoli 1728, 1806, 1880, 601 e 1562.

380. L'art. 1732 dispone: « Il con« duttore è responsabile delle deterio« razioni o deperimenti che succedo« no durante il suo godimento, quan« do non provi che sieno avvenuti « *senza sua colpa*. » Si potrà forse equivocare sulla parola *colpa*? Ma io credo che ogni dubbio si dissiperà confrontando l'art. 1732 con l'art. 1245 di cui abbiamo parlato, e specialmen-

(1) Così avveniva anche nell'antica giurisprudenza (Pothier, Pand., t. 3, p. 824, nota sulla legge 23, Dig., *De reg. juris*). Tutto prova che il codice civile ha voluto calcare le antiche tracce.

(2) L. 31, D., *Ad leg. Aquil.* La l. 9, § 2, D., *De juris et facti ignor.*, conferma questa definizione.

(3) Pothier, Pand., t. 3, p. 824, nota sulla l. 23, Dig., *De reg. juris.*

te rammentandoci, che a tenore dell'art. 1728 il conduttore è soltanto obbligato alla diligenza del buon padre di famiglia. Dunque non può da lui pretendersi l'attenzione dell'uomo dai cent'occhi sempre aperti; dunque non gli si può rimproverare che la colpa leve; dunque la colpa di cui parla l'articolo 1732 non è la colpa levissima.

381. Col medesimo spirito l'artic. 1850 dice, che il socio è tenuto dei danni da lui arrecati alla società per *sua colpa*. L'art. 1139 veglia sempre per ispiegare che si tratta della sola colpa che non avrebbe commessa un buon padre di famiglia, cioè della colpa leve. Le stesse osservazioni spiegano l'art. 1992.

382. L'art. 2080 vuole che il creditore pignoratizio sia responsabile, *secondo la regola stabilita nel titolo dei contratti e delle obbligazioni*, della perdita o del deterioramento del pegno avvenuto PER SUA NEGLIGENZA. È superfluo il dire, a fronte di un testo tanto preciso, che l'art. 1137 è il miglior comento anche dell'articolo 2080, e che la negligenza in quest'ultimo mentovata è la colpa leve, cioè l'omissione della diligenza di un buon padre di famiglia.

383. Infine, l'artic. 1927 viene a stabilire un limite inferiore alla colpa leve, non esigendo dal depositario che *la stessa diligenza che egli impiega per custodire le cose che gli appartengono*. Come già dissi, questa è la colpa lata definita da Celso in termini che l'articolo 1927 non sa in certo modo che tradurre (1).

A vero dire l'art. 1728 prevede varii casi nei quali la responsabilità del depositario dev'essere ponderata con più rigore, ma non fissa i confini entro i quali tal rigore deve contenersi, e quindi la regola generale stabilita nell'articolo 1137, vieta che si estenda fino alla colpa levissima.

384. Ma si objetterà, che se per avventura il depositario usasse una estrema attenzione nei suoi affari, e fosse poi meno diligente nella custodia del deposito, tal colpa, sebbene levissima, dovrebbe, a norma del nostro articolo, esser punita; e che perciò è falso che la colpa levissima sia radicalmente esclusa dal sistema del codice.

Tale objetto poggia sopra un errore. In morale ed in dritto, chi si affatica per render prosperi i proprii affari, non è tenuto a far lo stesso per rendere ad altri un servigio gratuito. Quanto può da lui pretendersi nella più stretta giustizia si è, che non faccia meno del buon padre di famiglia. E perciò quando il legislatore sceglie a termine di confronto l'attenzione impiegata dal depositario nella cosa sua, non intende parlare di quell'attenzione eccessiva, straordinaria, che fa vegliare un uomo di giorno e di notte. Tant'attenzione non è dovuta; e se pur si pratica, con pericolo della propria salute e per i proprii affari, nulla prescrive di praticarla a vantaggio degli altri. Il più rigoroso termine di confronto è adunque la diligenza del buon padre di famiglia. Chi è amministratore diligente della cosa propria, dev'esserlo anco del deposito di cui assunse la custodia, senza di che sarebbe reo di fede mancata. Ma da lui non può altro pretendersi: così pure opinavasi nell'antica giurisprudenza (2), da cui il codice non si è allontanato.

385. Spendiamo ora una parola

(1) L. 32, Dig., *Depositi vel contra*.

(2) Ved. Pothier, *Traité du Dépot*, l. 3, Ed. Tar.

di confutazione contro la dottrina di Proudhon. Questo giureconsulto, dopo avere benissimo sentito che la regola generale stabilita dal codice civile è in ogni caso, salva di una formale eccezione, che il debitore è responsabile della diligenza di un buon padre di famiglia, crede nulladimeno che in alcune circostanze particolari, il codice civile abbia contemplato la colpa levissima, e che non l'abbia completamente esclusa come sostengo.

Ma l'art. 1374, di cui si vale Proudhon per sostenere tal proposizione, stabilisce precisamente il contrario. Perocchè assoggettando il *gestor dei negozii a* TUTTA *la diligenza di un* BUON PADRE *di famiglia*, abbandona il sistema degl' interpetri del dritto Romano, i quali gl' imponevano in certi casi tutte le cure di un buon padre di famiglia DILIGENTISSIMO (1). Riduce adunque l'obbligazione, che secondo questi scrittori poteva essere della colpa levissima, alla colpa leve. Riguardo alla seconda parte dell' art. 1374, lungi dal condurci alla colpa levissima, ce ne allontana esplicitamente, poichè permette di abbassare la responsabilità anche al disotto della colpa leve.

386. L'opinione di Proudhon non trova maggior sostegno nell'art. 1882, il quale rende il comodatario responsabile della perdita della cosa comodata, quando ha preferito di conservare la propria, non potendo delle due salvarne che una. Questa disposizione è presa da Ulpiano (2): « Proinde et si incendio, vel ruina aliquid contigit, vel aliquod damnum « fatale, non tenebitur, nisi forte, « quum posset res commodatas salvas « facere, suas prætulit. »

Ma Ulpiano pensa tanto poco a far dipendere tal decisione da una responsabilità che si estenderebbe fino alla colpa levissima, che tosto aggiunge: « *Custodiam plane commodatæ rei, e-« tiam* DILIGENTEM, *debet præstare.* » Ulpiano dunque non contempla che una vigilanza diligentissima. La colpa levissima qui non è in causa.

Ed invero, il comodatario che potrà salvare da un caso fortuito la cosa imprestata, e presceglie salvare la propria, non è scevro da malizia. Corrisponde con ingratitudine a chi gli ha generosamente affidato le sue sostanze; dimostra un egoismo imperdonabile, e dal suo fatto emerge una colpa prossima al dolo, anzichè una colpa levissima.

Come! esclamerà Proudhon, una colpa prossima al dolo, se la cosa che il comodatario preferisce di salvare era molto superiore in valore a quella del comodante!!!

Convengo che in siffatto caso siamo più lontani dal dolo; ma siamo però lontani ancora dalla colpa levissima. Ed invero, il comodatario non ha fatto per la cosa da lui lasciata perire, ufficio da buon padre di famiglia, poichè l'ha abbandonata per un altra a lui più cara. Se il comodante fosse stato presente al pericolo, avrebbe salvato la propria cosa, poichè il pericolo non era senza riparo. Ora il detentore di un oggetto che non fa per la di lui conservazione ciò che avrebbe fatto il proprietario con una prudenza ordinaria, commette una colpa grave in alcuni casi, leve in altri. Ma è giudizio inesatto il dire, che

(1) Eineccio, n. 783. Pothier, Pand., t. 3, p. 624, nota sulla l. 23, Dig., *De reg. juris.*

(2) L. 5, § 4, Dig., *Commod. vel contra.*

la sua omissione costituisce una colpa levissima (1).

387. Riguardo all'articolo 1928, il quale dispone che il depositario deve sottoporsi ad un maggior rigore, quando nel contratto di deposito è stato espressamente stipulato che il depositario sarebbe responsabile *di ogni specie di colpa*, altro non ho da dire, se non che la legge accorda nelle parti un dritto di cui ella non ha creduto dovere approfittare. Che il creditore esiga dal debitore la prestazione della colpa levissima, senza dubbio gli è permesso, nè lo contrasto. Ma appunto per questo, la legge mai punisce tal colpa; perocchè si rimette alla vigilanza del creditore per stipularla, se gli conviene; quanto a lei, decide della capacità degli uomini, prendendo un termine medio, che è la sola giusta misura delle umane azioni.

388. Esaminiamo ora il sistema di Duranton.

Veggiamo prima cos'egli intenda per colpa lata, leve e levissima.

Duranton ha riprodotto tutte le definizioni degli antichi interpetri.

La colpa lata, pari alla massima negligenza, non è soltanto relativa, come quando un uomo negligente lo è più ancora per la cosa altrui che per la propria; ma è anco assoluta, come quando si apprezza il difetto di diligenza in sè medesimo, e si punisce per esser proprio solo degli uomini più trascurati nei loro affari (2).

La colpa leve deve contemplarsi sotto due punti di vista. Talvolta la si misura dalla vigilanza che ogni buon padre di famiglia è solito impiegare nel maneggio dei proprii affari, prescindendo affatto da quella che il detentore della cosa adopra nell'amministrazione di ciò che gli spetta; e questa colpa Duranton con Eineccio (3), denomina colpa leve in astratto; tal'altra la colpa leve si misura dalla vigilanza abituale usata nei suoi affari da quegli con cui si è contrattato; e questa è la colpa leve in concreto, sempre tenendo il linguaggio d'Eineccio e degl'interpetri.

Rapporto alla colpa levissima, la definizione di Duranton coincide con quella da noi datane superiormente. Nulla per ora abbiamo a dirne.

Ma le due prime definizioni ci sembrano prive di verità, ed impossibili a conciliarsi con i testi del codice civile.

389. La colpa grave nei contratti e nei quasi-contratti, non può considerarsi che in un solo modo; e consiste nel porre a fronte l'omissione di cui si reclama l'indennità con la condotta che tiene il debitore nella gestione dei proprii affari. Un uomo è negligente e spensierato nelle cose sue. Chi a lui si fidò, non può sempre dolersene. Bensì qualora nella conservazione della cosa affidatagli fosse ancora più negligente che nei proprii affari, in questo caso sarà reo di mala fede, ossia di colpa grave, e ne dovrà rispondere. In tale aspetto contempla Celso questo genere di colpa (4). E

(1) Non ignoro che Pothier tiene obbligato il comodatario ad una *esattissima* diligenza (*Comodato*, n. 56). Mi sembra però che molto può dirsi contro questa asserzione.

(2) Ulp., l. 213, § 2, Dig., *De verb. signif.* « *Lata culpa est nimia negligentia*, id est, non intelligere, quod omnes intelligunt. » Paolo dice lo stesso, l. 223, Dig., *De verb. signif.*

(3) N. 787.

(4) L. 32, Dig., *Depos. vel contra.* A senso mio, lo stesso concetto ritrovasi nella legge 22, § 3, Dig., *Ad S. C. Treb.*, preso da Ulpiano. Dopo aver detto

se volessi sviscerare la quistione ai termini del gius Romano, potrei provare con Lebrun e Ducaurroy, che questa è la vera definizione della colpa lata nei contratti, e nei quasi-contratti. Ma questa discussione mi porterebbe lungi dal mio subjetto, ed io voglio attenermi al codice civile.

Ed il codice ci presenta un testo prezioso in appoggio della definizione che sostituisco a quella di Duranton. Questo è l'art. 1927 così concepito: « Il depositario deve usare, nel « custodire la cosa depositata, la stes- « sa diligenza che impiega per custo- « dire le cose che gli appartengono. »

La diligenza del custode è dunque apprezzata in un modo relativo. Sarà irreprensibile, finchè userà nella custodia del deposito la medesima diligenza che impiega nei suoi affari. La sua responsabilità nascerà in quel momento in cui ometterà verso la cosa depositata, alcuna di quelle cure che suole impiegare per le cose proprie. Ma se per carattere ed abitudine fosse negligente ed inconsiderato in ciò che lo riguarda, lo sarà impunemente di fronte al deponente. Quindi non è il fatto in sè medesimo che è d'uopo esaminare, non è, nè la sua gravità astratta, nè il danno reale per lui accaduto, che debbono essere la regola del magistrato. Una quistione d'imputabilità domina tutto questo, e da essa dipende la riparazione del danno.

390. Credo in sostanza, che nulla vi sia di più giusto e di più morale.

Si tratta di punire civilmente una colpa grave, una colpa riprensibile al pari del dolo (1). Si tratta di pronunziare una condanna di danni ed interessi, in una misura proporzionata alla gravità della colpa. Ed invero, è questa una colpa seria, che quasi agguaglia il giudice civile al criminale. Ora, non sarebbe ingiusto che il fatto fosse spogliato delle sue circostanze attenuanti, e che venisse considerato materialmente (se così mi è lecito esprimermi), e indipendentemente dalla sua moralità? Un'omissione, che in certi casi, e rapporto a certe persone, è una colpa grave, può essere leve in altre circostanze (2), e riguardo ad altre persone che per la loro età, il loro sesso, la loro inattitudine, la loro incuria naturale e non calcolata, debbono trattarsi con indulgenza. Per il giureconsulto, come per il filosofo e per il teologo, i medesimi fatti non possono costituire sempre mancanze di eguale gravità.

Ed ora che si è prefisso l'articolo 1927? Caratterizzare la colpa lata, come l'avevano fatto Paolo ed Ulpiano. Approfittiamo dunque di questo tratto di luce. Contentiamoci di questa definizione, e prendiamola per regola negli altri casi nei quali la legge non si è spiegata con la stessa precisione. Oso credere, che procedendo

che l'erede fiduciario non ha che l'obbligo della colpa lata, aggiunge: *Sed et si cum distrahere deberet non fecit, lata culpa, non levi et rebus suis consueta negligentia, hujusmodi rei rationem reddet;* espressioni che io traduco come segue: « Ma se dovendo vendere, « non l'ha fatto in seguito di una colpa lata (ma non « perchè avrà commesso una colpa leve, e *sarà incor- « so in una di quelle negligenze che gli sono abituali « nella gestione dei suoi affari*), sarà responsabile. » Infatti una tal negligenza non è una colpa lata. L'erede fiduciario sarebbe reo di colpa lata, nell'unico caso che fosse più negligente nella conservazione del fedecommesso, che nelle cose proprie.

(1) Latiorem culpam dolum esse. Celso, leg. 32, Dig., *Depositi vel contra.*

(2) Le leggi 213, § 2, e 223, D., *De verb. signif.*, testè citate, nulla provano in contrario, e non sono applicabili, quando il fatto è tale, ed onta della sua gravità, che un certo numero di uomini non ne comprende i pericoli. Queste due leggi non escludono una valutazione relativa.

così, saremo più esatti di Duranton.

391. Questo scrittore, a cagion d'esempio, pretende che l'erede beneficiato, il quale a forma dell'articolo 804, deve la *colpa grave*, non la debba che *in astratto*. « Ancorchè, « egli dice, quest'erede fosse uomo « attentissimo ai suoi affari, se le col- « pe da lui incorse durante la sua am- « ministrazione non fossero gravi, « non ne sarebbe responsabile (1). »

Dal che è da concludersi che se la colpa fosse grave in senso astratto, dovrebbe darsene debito all'erede, il quale potrebbe difendersi attesa la sua età che sarebbe quella dell'inesperienza, atteso il suo sesso che sarebbe quello che ammette l'ignoranza degli affari, attesa la sua incapacità abituale e ben comprovata, che gl'impedisce di usare negli affari della successione maggior diligenza che nei proprii.

Ebbene! la proposizione di Duranton, e la conseguenza che ne deriva, mi sembrano del pari ingiuste. L'uomo attento a' suoi affari che commette in quelli della successione delle mancanze che non si riscontrano in ciò che personalmente lo riguarda, è in mala fede, e pecca di colpa lata, ancorchè il fatto, isolatamente considerato, possa apparire non altro che una colpa leve.

L'erede, che dall'età, dal sesso, dalla propria abituale inesperienza è collocato in una posizione eccezionale, non merita di esser punito, quando ha maneggiato le cose ereditarie come le proprie; e sebbene la di lui negligenza possa, a prima vista, denominarsi colpa grave, pure rispetto alla persona che l'ha commessa, è una semplice colpa leve, in simil caso non imputabile. Ulpiano lo stabiliva per l'erede gravato di un fedecommesso (*Non levi et rebus suis consueta negligentia*) (2). La stessa ragione milita per l'erede beneficiato.

392. Nè davvantaggio mi sodisfa la distinzione della colpa leve, da Duranton attinta agli antichi dottori. Tal distinzione può negarsi in sè medesima, e non ho alcuna fede nella sua applicazione al dritto Romano. Molto più poi mi sembra estranea al sistema del codice civile.

Infatti, si prendano uno ad uno tutti gli articoli del codice civile, come io ho fatto, si vedrà che in questa materia usano di aver riguardo alle abitudini individuali di chi è preposto alla conservazione della cosa, e creano un tipo generale, qual'è quello del buon padre di famiglia. A questo tipo astratto riferiscono l'atto che si esamina, ed allora soltanto vi è colpa, quando il buon padre di famiglia avrebbe fatto in quelle date circostanze, ciò che il debitore ha omesso di fare. Gli articoli 1374, 1728, 1880, ed in specie l'art. 1137, il quale contiene il principio di questa materia, sono decisivi; spogliano il fatto di ciò che ha di relativo, e si attengono all'assoluto.

393. Invero l'art. 1850, che stabilisce la responsabilità del socio, è meno preciso. Dice, forse alquanto vagamente: « *Ciascuno dei socj è obbliga-* « *to verso la società per i danni cagio-* « *nati alla stessa per sua colpa;* » ed è a notarsi, che appunto riguardo all'obbligazione del socio, gl'interpetri avevano creato la loro distinzione tra la colpa leve in concreto, e la colpa leve

(1) Duranton, t. 10 (t. 6, Ed. Tar.), n. 420.

(2) *Supra*, n. 381. Leg. 21, § 3, Dig., *Ad S. C. Trebell.*, che abbiamo tradotto.

in astratto (1). Quindi Duranton profitta della poca precisione dell' articolo 1850, per dire che nel contratto di società non si può esigere che una diligenza pari a quella che il socio impiega nell' amministrazione dei suoi beni, purchè però la colpa objettatagli non sia grave (2). Così, omettendo il socio nella direzione degli affari della società l' attenzione del buon padre di famiglia, non è responsabile, se non è più diligente nel maneggio dei proprii affari, purchè tuttavia la colpa non sia grave e prossima al dolo. Avvegnachè in qualsiasi contratto il dolo debb' esser punito. Ma se è diligente pei proprii affari più che per quelli della società, sarà responsabile, qualora però la colpa non sia levissima (3); perchè nei contratti correspettivi, la colpa levissima non è imputabile.

Tuttociò mi sembra contrario all' intenzione del legislatore, chiaramente manifestata dall' art. 1137 del codice civile. La distinzione arbitraria tra la colpa leve in concreto e la colpa leve in astratto è abolita da quest' articolo importante, di cui Duranton non vuol tener conto. Poichè in fatti la diligenza di chi custodisce la cosa dev' essere quella di un buon padre di famiglia (1137), non si debbono investigare le particolarità della sua condotta e del suo zelo più o meno attivo per ciò che concerne i suoi interessi. Basta esaminare cosa avrebbe fatto in vece sua un buon padre di famiglia.

La parola *colpa*, impiegata nell' art. 1850 non può ricevere, senza una vera tortura, diversa interpetrazione; perchè l' art. 1137 è sempre presente per stabilire il significato della parola *colpa*. È la colpa che non commette il buon padre di famiglia, e non la negligenza, apprezzata in un senso relativo a quegli cui viene rimproverata.

394. Il legislatore ha ognora premurosamente evitato nella materia dei contratti (4), l' uso delle espressioni *colpa grave*, *colpa leve* e *levissima*. Si è limitato a prescrivere due regole di condotta al custode della cosa altrui, e tutta la teoria della colpa stà nell' osservanza o nelle violazioni di queste due regole, che sono: 1ª L' avere per la cosa che si prende a custodire la stessa attenzione di cui si è capaci per la propria. 2ª L' avere per la cosa altrui non solo l' attenzione che si usa per la propria, ma eziandio quella che un buon padre di famiglia userebbe. La prima di queste regole richiede una diligenza relativa, e la sua violazione costituisce la colpa lata. La seconda vuole una vigilanza, la misura della quale si trova in un modello impersonale ed astratto; la di lei violazione costituisce la colpa leve, cioè una colpa meno grave della precedente.

395. Perchè mai nella stima della

(1) Einecaio, n. 787, l. 72, Dig., *Pro socio.* Inst., *De societ.*, § 9.

(2) Duranton, t. 10 (t. 6, Ed. Tar.), n. 411.

(3) Duranton, t. 10, n. 400. Voet però opinava (perchè vi erano altrettanti sistemi che giureconsulti) che essendo diligentissimo pei proprii affari, doveva esserlo anco, pena delle riparazioni dei danni ad interessi, per quelli della società (*Pro soc.*, n. 12).

(4) Berlier, discussione al consiglio di stato sull' art. 1850 (Locré, t. 7, p. 233, Ediz. Tarlier). Sola una volta si trova la parola *colpa grave*, ed è nell' artic. 804, nel titolo delle Successioni; ma allora non era stata meditata ancora la teoria generale della colpa.

colpa leve non debbonsi calcolare le circostanze attenuanti che emergono dalle imperfezioni naturali di chi la commise? Perchè il legislatore ha voluto adottare una maggior severità, ondo meglio tutelare certi interessi; perchè con tale scopo, ha imposto all'uomo di elevarsi, in qualche modo, al disopra dello forze ch'egli è uso a spiegare; perchè ingiunge uno sforzo di buona volontà, un aumento di vigilanza e di attività. Tuttociò è possibile, nè si dee qualificarlo per impraticabile stoicismo; imperocchè il limite di questi sforzi è nell'umanità istessa, ed è stabilito nella diligenza del buon padre di famiglia, che nell'ordine dei civili interessi, rappresenta un giusto mezzo, regola abituale dell'uomo.

396. Aver rettificato le definizioni che Duranton aveva alterate, a senso mio è lo stesso che aver rovesciato quasi tutto il suo sistema. Perocchè quando parla della colpa levissima come capace ad occasionare una refozione di danni ed interessi, si basa assai più sulle idee degli antichi comentatori, che sopra i testi del codice civile quasi mai da lui citati.

397. Ritorniamo ora alla nostra prima proposizione (1), cioè, che il codice ha bandito dalla classe delle colpe contrattuali la colpa levissima. Questa riforma merita di essere altamente applaudita. Vi era un eccessivo rigor teologico nel sistema degli interpetri, i quali volevano tenere a calcolo questa colpa sì minima. Essi facevano degenerare il dritto in una scuola d'inflessibili casuisti, ed in distinzioni di casi di coscienza, che è d'uopo lasciare al tribunale di penitenza. Allorchè si presero tutte le precauzioni suggerite dalla prudenza ordinaria, allorchè si è dato saggio di quell'attenta diligenza ch'è la prerogativa del buon padre di famiglia, si è adempiuto al proprio dovere in faccia alla legge, nè si debbono censurare le omissioni *veniali*, impossibili a prevenirsi senza un raffinamento di previdenza, e senza dei prodigi di attività che la natura nega alla maggior parte degli uomini.

398. Un altro progresso che Duranton non ha conosciuto, si è, che ogni differenza è tolta per ciò che concerne la responsabilità del detentore, tra i contratti correspettivi, e quelli che producono pel detentore un vantaggio esclusivo. Sì nei primi che nei secondi, la sola diligenza voluta, è quella del buon padre di famiglia. In fatti nol sistema degl' interpetri, il comodatario è tenuto alla colpa levissima. Secondo l'articolo 1880 del codice civile, è unicamente responsabile dell'omissione cho non è propria del buon padre di famiglia; e tal disposizione mi sembra assai più giusta. Non so perchè la responsabilità del possessore diverrebbe maggiore, per risentire egli solo vantaggio dalla cosa, e perchè si minorerebbe se l'altro contraente sentisse un profitto dal contratto. La circostanza di un vantaggio esclusivo non deve accrescere la responsabilità. O i vantaggi sieno reciproci, o sieno unilaterali, l'obbligazione deve sempre esser quella del buon padre di famiglia. Chi pretende in colui col quale contrae delle qualità eccellenti, deve imporgli l'obbligo di farne uso. Ma la legge giudica gli uomini quali sono in generale, e non può far caso di quelle virtù straordinarie, di organismi perfetti, che

(1) *Supra*, n. 364, 369.

infelicemente sono rare eccezioni.

399. Mi resta solo a riepilogare questa lunga discussione.

La regola generale intorno alla prestazione della colpa è, che per dritto corre l' obbligo della diligenza del buon padre di famiglia.

Per evadere a questa obbligazione, è d'uopo una disposizione eccezionale della legge; e tale eccezione si verifica, quando il detentore della cosa non trae alcun vantaggio dal suo possesso. In tal caso è solo imputabile la colpa lata.

In tutti gli altri casi deve prendersi per termine di confronto la vigilanza del buon padre di famiglia. Perciò non più differenza tra i contratti correspettivi, e quelli che arrecano un profitto esclusivo. Tali distinzioni degl' interpetri, basate sul dritto Romano, sono da quì innanzi abolite; non più suddivisioni della colpa in colpa leve e levissima; non più arbitrarie gradazioni della colpa lata in colpa lata in astratto, e colpa lata in concreto, della colpa leve in astratto, ed in concreto. La legge riconosce due soli generi di colpa, la lata, e la leve. La levissima è rilasciata al dominio della coscienza, nè ha più luogo nei contratti, fuorchè se ne è espressamente stipulata la prestazione. La colpa grave è l'esser più negligenti verso le cose altrui che verso le proprie. La colpa leve è l'omissione della diligenza che il buon padre di famiglia, considerato come ente astratto, impiega nell' amministrazione dei suoi affari.

Tal'è il sistema semplice, vero, facile ad applicarsi, il quale domina nel codice civile. Gli manca di essere formulato con più precisione; ma se si sgombra dalle oscurità che lo circondano, lo troviamo sodisfacente per la filosofia, e comodo nella pratica.

400. Il venditore che non ha peranche consegnata la cosa, sarà dunque tenuto, come l'abbiamo detto nel n. 361, alla diligenza del buon padre di famiglia, ed ora conosciamo l' estensione di quest' obbligo. Sarà debitore non solo del dolo, e della colpa lata, ma ancora della colpa leve.

401. Sebbene d' ordinario il dolo e la frode non si presumano, pure il venditore, essendo debitore della cosa, deve provare che la perdita avvenne per forza maggiore (1); diversamente sarà condannato ai danni ed interessi.

402. Ma è noto esservi spesso degli eventi di forza maggiore, che vengono preparati dalla colpa di colui che colpiscono.

L' incendio può aver distrutta la casa, perchè gli ordini di polizia intorno al ripulimento dei cammini da fumo non saranno stati osservati, o perchè si saranno imprudentemente gettate delle scintille di fuoco presso materie infiammabili, etc. I ladri possono avere involato la cosa venduta, perchè il venditore non aveva chiuso con assai diligenza le porte della camera che la conteneva, ovvero perchè l' aveva esposta agli sguardi di ognuno, e alla cupidigia de' malevoli. L' animale comprato può esser perito perchè s' impiegò in un lavoro eccessivo.

Si dimanda, se in questi varj casi basta al venditore aver provato l' incendio della magione, il furto della cosa, la morte dell' animale, ovvero se spetta a lui provare che tali avvenimenti sono accaduti senza sua colpa.

Proudhon (2) opina, che con la giustificazione del caso fortuito, il de-

(1) Art. 1302, codice civile.

(2) *Dell' usufrutto*, n. 1540 e seg.

bitore ha adempito all' obbligo suo, e che l' avversario ha l' onere di provare che una colpa ne è stata causa.

Imperocchè, dice Proudhon : 1° il venditore di fronte a tal replica, addiviene un convenuto, ed è ricoperto dall' egida della massima *actore non probante, absolvitur reus.*

2° Non si può obbligare il debitore a provare che non si è reso reo di colpa, *cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit.*

3° La legge presume l' innocenza dell' uomo.

4° Gli articoli 1806, 1807, 1808, risolvono la quistione mediante una onnipotente analogia.

A questi argomenti possono però darsi più repliche.

Prima di tutto poniamo da banda la ragione ricavata dall' impossibilità di fare una prova negativa, giacchè qui è inapplicabile. La giustificazione che si chiede al venditore è intieramente affermativa. A cagion d' esempio, dimostri che l' incendio si è partito da una casa vicina, o che avvenne per vizio di costruzione, ad onta delle precauzioni di spazzare frequentemente il cammino; provi che la casa era sbarrata; che l' oggetto involato era sotto chiave; che il cavallo venduto viaggiò senza carico, o che fu sempre in pastura nella stalla, e la sua difesa sarà completa, perchè aggirata sopra fatti positivi. Proudhon è troppo esperto per ignorare che non esiste negativa, la quale non possa convertirsi in una affermativa.

Ma procediamo a cosa più seria.

Il venditore ha l' obbligo di provare il *caso fortuito* che allega (1). Ma esiste prova di caso fortuito laddove non è stabilito che la perdita della cosa è derivata dal puro caso, o da una forza irresistibile? La prova è stata ella conclusa, quando resta in dubbio, se la negligenza dell' uomo si è consociata al fatto che gli era estraneo? Siccome la forza maggiore è tale, che per non averla potuta prevedere non gli si potè far resistenza (2) non occorre provare che si son prese delle savie precauzioni, ma che nonostante si è dovuto soccombere?

A questo punto invocherò il disposto dell' artic. 1245 del codice civile. « Il debitore di una cosa certa e de- « terminata, viene liberato con rimet- « terla nello stato in cui si trova al « tempo della consegna, purchè i de- « terioramenti sopraggiunti non pro- « vengano dal suo fatto o colpa, etc. »

Adunque, consegnando la cosa, il debitore ha l' obbligo di provare, che se ha sofferto deteriorazione, non fu per colpa sua; a lui spetta dimostrare che non è in colpa. Ebbene! dimando se adempie l' obbligo suo, adducendo un fatto che non esclude necessariamente la colpa; un fatto che è casuale, solo quando è provato che non lo produsse l' umana negligenza?

Senza dubbio, gli articoli 1302 e 1245 del codice civile che regolano la materia, sono più direttamente applicabili alla quistione presente che non gli articoli 1806, 1807, 1808 citati da Proudhon, e che possono considerarsi come eccezioni.

Altronde in fatto di analogie posso nel mio sistema invocarne delle decisive come Proudhon.

L' art. 1733 del codice civile, pre-

(1) Art. 1303.

(2) Ved. *Supra* la definizione di Vinnio, n. 360; la l. 2, Dig., *Quod metus causa dice : « Vis est major « rei impetus, qui repelli non potest. »*

scrive che l'incendio sia legalmente imputabile all'affittuario, e ad esso spetta esonerarsi da tanta responsabilità mediante la prova che il fuoco si è appiccato senza sua colpa in conseguenza di uno scoppio di fulmine, di un vizio di costruzione, o della comunicazione della casa vicina. Non è questa l' applicazione dei principii consacrati dagli art. 1302 e 1245? E tale analogia è tanto più sensibile in quanto che, alla pari del venditore, il comodatario è tenuto a far uso della cosa da buon padre di famiglia; che alla pari del venditore è in obbligo di restituirla in quello stato in cui si trovava all'epoca del contratto; che finalmente alla pari del venditore non presta che la colpa leve. Perchè dunque imputargli l'incendio? Perchè a norma dell'art. 1302, deve fornire la prova del caso fortuito, e tal prova manca finchè la colpa non è esclusa; mentre a forma dell'art. 1245, al detentore incombe la prova che non peccò di negligenza.

Ciò che l'art. 1733 dice del caso d'incendio, le leggi Romane lo dicono del furto (1); ed ivi basandosi gli interpetri facevano una savia distinzione. Se il furto fu accompagnato da violenza, è chiaro che costituisce un fatto di forza maggiore; ninna prova occorre per dimostrarlo: ma se non vi fu impiegata la forza, il venditore dovrà provare che le circostanze furono tali da non attribuirlo a sua negligenza. Perciocchè in tal caso il furto non esclude l'idea di colpa, e d'imprudenza per parte di chi n'è vittima. In generale un diligente padre di famiglia sa cautelarsi contro il furto. « *Contra furtum*, dice Averani (2), « *in quo nulla vis adhibetur, a dili-* « *genti patrefamilias præcaveri potest.* « RARO SINE CULPA NOSTRA ACCIDIT. »

403. Già si disse, che il venditore è tenuto per la colpa da lui commessa nella custodia della cosa venduta e non consegnata, ma che non è responsabile dei casi di forza maggiore.

Ma se fu costituito in mora, sarà debitore del dolo, della colpa, e fino della forza maggiore, perchè *rem post moram factam perire moratori* (3).

Tuttavia, se la cosa sarebbe egualmente perita in mano del compratore, qualora ne avesse avuta la tradizione, il venditore ancorchè posto in mora sarebbe disobbligato (4).

404. Abbiamo esaurito la prima eccezione alla regola che pone la cosa a risico del compratore a contratto perfezionato. Ed abbiamo veduto che se la deteriorazione o la perdita è avvenuta per colpa del venditore, questi ne è responsabile.

Vi è un altra eccezione alla regola *res perit emptori.*

Si verifica nella vendita fatta a peso, numero e misura. Si è già veduto (5), che tal vendita non trasferisce la proprietà, finchè il peso, numerazione e misurazione, non sono seguite. Ne resulta, che prima di queste operazioni, il pericolo della cosa è del venditore (6), perocchè nel sistema del codice civile, il pericolo sempre segue il proprietario (7).

Il titolo del Digesto, *De periculo*

(1) Ulp., l. 52, § 3, Dig., *Pro socio.*

(2) *Interpret. juris*, lib. II, c. 26, n. 14.

(3) Voet, ad Pand., *De rei vindicat*, n. 34. Art. 1042 del codice civile, e 1302 idem.

(4) Idem. Pothier, *Vente*, n. 58.

(5) N. 82 e 83.

(6) Art. 1585.

(7) Ved. *Supra*, n. 87, 88, i discorsi degli oratori del governo e del tribunato.

et commodo rei venditæ, è pieno di decisioni e di esempi sopra questo punto di giurisprudenza che abbiamo da esso desunto.

Ma, effettuata la misurazione, la numerazione ed il peso, tutto il rischio passa nel compratore (1).

Riguardo alle vendite immobiliari fatte a tanto per misura, ho già dimostrato (2) quali sono i casi nei quali non sono regolate dall' art. 1585, in guisa tale, che prima della misurazione, la perdita, o la deteriorazione della cosa gravi sul compratore.

405. È terza eccezione alla massima *res perit emptori*, la vendita fatta con la condizione dell' assaggio (3). Fanno all' uopo le mie osservazioni sull' articolo 1586 del codice civile.

406. Una quarta eccezione si ha nelle vendite soggette a condizione sospensiva. « *Cum speciem venditam « per violentiam ignis abrumptam dicas, SI VENDITIONEM NULLA CONDITIO SUSPENDERAT, amissæ rei periculum te non adstringit* (4). »

L' art. 1182 del codice civile esprime nel modo il più completo tutto ciò che ha rapporto a questa materia. Lo riferiremo con brevi osservazioni.

« Quando è stata contratta l' obbligazione sotto una condizione sospensiva, la cosa che forma il soggetto « della convenzione *rimane a rischio « del debitore* (qui è il venditore), « che non si è obbligato di consegnarla se non nel caso dell' evenienza « della condizione. »

« Se la cosa è intieramente perita « senza colpa del debitore, l' obbligazione è estinta. »

Chiaro è il motivo di queste due disposizioni.

Se la condizione non si realizza, la vendita cade, e il venditore resta con la sua perdita.

Verificandosi, non fa che purificare una vendita che non ha causa, perchè manca di subietto. È dunque come se la vendita non esistesse (5).

L' art. 1182 così prosegue:

« Se la cosa è deteriorata senza colpa del debitore, il creditore ha il « dritto di sciogliere l' obbligazione, « o di esigere la cosa nello stato in « cui si trova, *senza diminuzione di « prezzo.* »

Tale è la differenza che la legge pone, d' accordo con le leggi Romane e l' antica giurisprudenza, tra il caso di perdita, e quello di deterioramento della cosa. La ragione è, che il deterioramento della cosa non toglie il subietto della vendita, e che all' evento della condizione, il contratto trova un oggetto a cui si applica. Ora abbiamo già veduto (n. 318), che il venditore è unicamente tenuto a consegnare la cosa nello stato in cui si trova al tempo dell' avvenimento della condizione. Ne deriva che il deterioramento è a carico del compratore.

Nientedimeno, l' artic. 1182 permette al compratore di far rescindere la vendita (6); perocchè lo stato dell' oggetto venduto è cambiato prima

(1) Ulpiano, l. 1, § 1, Dig., *De peric. et com.*

(2) N. 329.

(3) *Supra*, n. 99 e 101. Pothier, n. 311, e gli autori citati nelle note del n. 101.

(4) Diocl. e Massim., l. 5, Cod. *De peric. et com. rei vend.* Pothier, Pand., l. 1, p. 512, n. 16, a *Vente*, n. 312. Furgole Test., t. 2, p. 259, n. 131, a p. 186, n. 14. Toullier, t. 6, n. 538 e seg.

(5) Voet, ad Pand., *De peric. et com.*, n. 5. « At « rei totius interitus, pendente conditione, contingens, « venditori nocet, perinde ac si nulla venditio intercessisset, quasi deficienti jam re, sine qua tamen « venditio nulla intelligi potest. L. 8, Dig., *De peric. « et com.* L. 10, § 5, Dig., *De jur. dot.* »

(6) Parimente nel caso dell' art. 1601. Ma qui tal favore è stato criticato (Toullier, t. 6, n. 538; Delvincourt, t. 2, p. 434, note; Duranton, *Contrats*, n. 491). In ogni caso è un' innovazione.

del perfezionamento del contratto, e forse il compratore non avrebbe contrattato col venditore, se i deterioramenti fossero avvenuti all' epoca in cui ebbero principio le trattative.

Ma se il compratore vuol tener fermo il contratto, deve prendere la cosa nello stato in cui si trova, e non ha dritto ad alcuna diminuzione di prezzo. Non esiste antinomia tra questa disposizione e quella dell' articolo 1601 superiormente analizzato. Nel caso dell' art. 1601 la vendita è pura e semplice; ma al momento in cui la cosa viene alienata, ha sofferto, ad insaputa delle parti, dei deterioramenti. Per restituire alla vendita quel carattere commutativo che deve sempre ritenere, era necessario diminuire il prezzo mediante una riduzione proporzionale. Un errore non doveva essere il punto di partenza della determinazione del prezzo.

È altrimenti nel caso dell' art. 1182. Le parti hanno trattato conoscendo l' oggetto venduto. Niun errore è stato commesso da alcuna di loro. I deterioramenti avvennero dopo il contratto senza colpa del venditore: il contratto dunque dev' essere annullato, o in totalità mantenuto, e il compratore deve subire gli eventi cui è legalmente soggetta la qualità che vuol conservare.

407. Una quinta eccezione alla regola *res perit emptori*, è nelle vendite alternative. O la scelta sia lasciata al venditore, o sia deferita al compratore, la prima fra le due cose che perisce dopo il contratto perisce pel venditore; perchè quella che rimane è sempre *in obligatione*, ed è tenuto a consegnarla. Ma se anche questa perisce, perisce pel compratore, che rimane obbligato al pagamento del prezzo.

Se le due cose periscono contemporaneamente, il venditore è in egual modo liberato dalla sua obbligazione, ed il compratore resta debitore del prezzo (1).

408. Termineremo dicendo che le parti possono derogare alle regole da noi tracciate. Ulpiano lo decide esplicitamente nella leg. 10, Dig., *De peric. et com. rei venditæ*. Ma questa specie di patti che alterano la responsabilità legale, non debbono estendersi oltre i loro casi, nè si debbono ammettere, che quando non vi è dubbio sopra la loro esistenza (2).

(1) Paolo l. 34, § 6, D., *De cont. empt.* Pothier, *Vente*, n. 313.

(2) Brunemanno, sulla l. 10, D., *De peric. et com.*

SEZIONE III.

DELLA GARANZIA.

ARTICOLO 1625.

La garanzia che il venditore deve al compratore ha due oggetti: il primo è il pacifico possesso della cosa venduta: il secondo riguarda i difetti occulti di essa, o i vizj che danno luogo all' azione redibitoria.

SOMMARIO.

409. Il venditore deve garantire la cosa dopo la tradizione.
410. Significato del vocabolo *garanzia*. Sua etimologia.
411. Due specie di garanzie, una di dritto, l'altra di fatto. Definizione di entrambe.
412. La distinzione tra la garanzia di dritto e quelle di fatto, è implicitamente nel codice civile. Divisione di questa sezione.
413. Perchè tutti i vizj della cosa non diano luogo alla garanzia. Principj di Cicerone sopra tal proposito. Loro esagerazione. S. Tommaso ha additato un giusto mezzo seguito dal codice civile.
414. L'obbligo della garanzia non è inerente a ogni obbligazione di dare. Contratti che generano la garanzia.

COMENTO.

409. Non basta che il venditore consegni la cosa al compratore; deve ancora garantirgliela, e questa è la seconda obbligazione impostagli dall'art. 1603 (1).

410. « *Garantire*, dice Loyseau, « *propriamente significa assicurare*, « ed *è garante chi assicura un altro*, « ed ha l'obbligo di rilevarlo da ogni « dimanda o lite (2).

I giureconsulti etimologisti non sono d'accordo intorno all'origine del vocabolo *garante*. Cujacio lo fa derivare dall'idioma Tedesco; Loyseau da una vecchia parola Francese *garer*, che significa porre in sicurezza (3). Il garante è quegli, che i Romani chiamavano *auctor*.

411. Gl'interpetri del dritto hanno distinto due specie di garanzia; quella di dritto, e quella di fatto (4); la garanzia di dritto, che concerne il dritto ed il dominio della cosa, od anco certe qualità non apparenti e tanto capitali, che senza di esse la cosa non potrebbe adoprarsi a' suoi usi naturali (5); la garanzia di fatto (6), che riguarda l'intrinseca bontà dell'oggetto venduto, e le sue qualità; qualità bensì non essenziali, la mancanza delle quali non equivale alla mancanza assoluta di dritto, nè produce l'azione redibitoria. Tali sono le qualità secondarie, la di cui mancanza non interessa la destinazione della cosa.

La garanzia di dritto è così detta, perchè in qualunque vendita, il venditore vi è tenuto, ancorchè il contratto non ne faccia menzione (7). La garanzia di fatto ha questo nome (8), perchè quando il contratto è puro e semplice senza far menzione di garanzia, il venditore ne è esente. Perchè non ha obbligo di garantire che la cosa sia scevra di qualunque vizio. Spetta al compratore informarsene, e si presume che la compri quale si trova. La garanzia di fatto adunque per esser dovuta, dev'essere promessa (9).

412. Il codice adottò queste distinzioni incancellabili nella legge; la garanzia di dritto è sancita negli articoli 1626, 1627 e seguenti, e la garanzia di fatto nell'art. 1627. Ne parleremo a lungo. Frattanto constatiamo l'estensione del nostro articolo,

(1) Pomponio, l. 3, Dig., *De act. empt.* « Datio « possessionis quæ a venditore fieri debet, talis est, « ut si quis eam possessionem jure avocaverit, tradita « possessio non intelligatur. » Pothier, *Vente*, n. 82.

(2) *Garantie des Rentes*, c. 1, n. 1 e 2.

(3) *Ibid.*, n. 2.

(4) Domat, p. 44, sez. 10 n. 5.

(5) Art. 1641 e seg. *Infra*, n. 544 e seg.

(6) Loyseau, idem, n. 6.

(7) L. 16, Cod. *De evictione.*

(8) *Infra*, n. 561.

(9) Loyseau, c. 2, n. 7 e 10. *Cout. de Sens*, § 260. *Infra*, n. 547.

che dando la definizione del duplice scopo della garanzia legale, vuole che il venditore sia tenuto: 1° ad assicurare al compratore il pacifico possesso, e mantenergli il dominio dell' oggetto venduto; 2° a rispondere dei vizj OCCULTI che possono alterare la bontà presunta della cosa, ed impedirne l' uso. Indi, la divisione di questa sezione in due paragrafi: il primo consacrato alla garanzia in caso di evizione; l' altro alla garanzia dei vizj redibitorj. Riguardo alla garanzia di fatto, troverà il suo luogo in ciascuna di queste suddivisioni, delle quali modifica i principj generali.

413. Renderà forse meraviglia il vedere come nella vendita, che tra tutti i contratti è quello in cui la buona fede dovrebbe maggiormente campeggiare (1), qualunque difetto della cosa, o errore del compratore non generi l' azione della garanzia.

Cicerone, autore della più bella opera di morale lasciataci dall' antichità, voleva nel suo ammirabile *Trattato dei Doveri*, lib. III, n. 12 e seg., che il venditore dichiarasse al compratore tutt' i vizj della cosa che fossero noti. Se pongo in vendita la mia casa, non debbo lasciare ignorare la di lei insalubrità. Un uomo sincero, giusto ed onesto, nulla deve dissimulare col fine di locupletarsi, ma deve facilitare al compratore le di lui investigazioni, se non vuol' essere assomigliato a chi nega di additare la strada al viandante smarrito. Cicerone va più innanzi, ed esige che il venditore istruisca il compratore di tutte le circostanze estrinseche atte ad influire sopra la vendita. Un mercante, egli dice, giunge a Rodi, con un carico considerabile di grano; trova quell' isola stretta dalla carestia, il prezzo del grano eccessivo: ma sa che molti mercanti sono partiti d' Alessandria, e nel suo viaggio ha incontrato delle navi cariche di grano dirette a Rodi. Ne avvertirà quelli di Rodi, ovvero tacerà, onde trarre maggior profitto della sua merce? Cicerone riferisce le diverse opinioni dei filosofi intorno a tale quistione, e adotta il sentimento di chi voleva che il mercante di grano nulla tacesse ai compratori.

Siffatto sentimento è stato condannato da Grozio (2), e da quasi tutt' i pubblicisti ed i moralisti moderni (3). Gli eventi fortuiti che possono in seguito produrre il ribasso della merce, non debbono dichiararsi dal venditore, in quella guisa istessa che il compratore non deve esprimere quelli che debbono produrne l' aumento. Sono essi avvenimenti estrinseci, di cui le parti non debbono respettivamente informarsi, tanto più che sono in loro stessi incerti, e possono fors' anche mancare. È egli ragionevole di voler costringere il venditore ed il compratore a presagire il futuro, ed a porre la base del contratto di vendita sopra una eventualità illusoria? La morale non disapprova che un padre di famiglia ricavi dalle sue cose un prezzo che sia in rapporto coi bisogni del momento, e col valore che l' opinion pubblica loro assegna all' epoca in cui sono esposti in vendita. Cosa accadrebbe con quei principj esagerati, che Cicerone aveva senza dubbio attinti nelle rimembranze della scuola Stoica? La società si troverebbe priva dello

(1) Ved. *infra*, n. 545.

(2) *De jure pacis et belli*, lib. II, c. 12, n. 9.

(3) Alexander ab Alexandro, *Genialium dierum*, lib. VI, c. 1. Ma Pothier, *Vente*, n. 242, concepisce qualche dubbio.

risorse commerciali, e con volergli inoculare delle regole di morale filosofica, si ridurebbe alla miseria. Se un mercante non può approfittare delle circostanze producenti l'aumento, farà egli delle provvisioni, si darà a percorrere i mari per portare a voi le derrate che vi mancano, esporrà egli la sua fortuna in un negoziato pieno di pericoli di perdere, e di cui a favor vostro sarà ogni speranza di lucro? Qui l'ottimo è nemico del bene.

Riguardo all'altra questione elevata da Cicerone, e che consiste nel determinare se il venditore dee dichiarare tutti i vizj che gli son noti, anche quelli che non producono l'azione redibitoria, la credo risoluta dalla coscienza di tutti i popoli, la quale mi sembra che abbia tanto peso quanto le sottigliezze dei casuisti, e le astruserie dei filosofi. Che si vuole spingendo le cose all'eccesso? Che il venditore sia il primo a depreziare la cosa di cui vuol disfarsi, che pubblichi i motivi che ne lo hanno disgustato: ora Diogene diceva benissimo: « *Quid vero est stultius quam venditorem ejus rei, quam vendat, vitia narrare* (1)? Posseggo una casa mal costruita, antica, umida. È assurdo che mi vogliate costringere a pubblicare nei giornali: *Si vende una casa mal costruita, antica ed umida.* Il compratore ha comodo d'esaminare la cosa; ha i suoi periti, e gli lascio il tempo della riflessione. Non mancherà d'altronde di ragioni buone o cattive per tentare di depreziare la mia cosa, e per provarmi che ha più inconvenienti di quello che io credo; ed avrò la semplicità filosofica d'incitarlo al dispregio, e di fornirgli delle armi contro di me! Ciò che importa è che io non inganni il mio compratore, e non gli venda la cosa mia a maggior prezzo del giusto. Così sarò fedele alla morale. Il resto non è che balordaggine. San Tommaso così decide (2); e sebben Pothier (3) preferisca alla sua dottrina il rigorismo di Cicerone, e alcune decisioni Romane piene delle idee del Portico (4), credo che San Tommaso sia più addentro penetrato nella realtà della vita pratica, e nelle convinzioni dell'umanità.

Il codice civile non ha calcato le traccie della stoica filosofia. Vedremo all'art. 1641 che non autorizza un compratore a far lamento di vizj che non fossero redibitorj nel senso dell'art. 1641. Da un lato, ha voluto favorire l'interesse del commercio, il quale richiede che le transazioni non sieno tenute continuamente sospese, o che le parti non insorgano contro il proprio fatto; dall'altro non si è posto in opposizione con le regole del foro interno, il quale non può esigere che uno dei contraenti si sacrifichi all'altro informandolo minutamente di circostanze il più sovente inutili, di vizj il più sovente senza conseguenza, e de' quali il compratore abuserebbe, quantunque debba anticipatamente sapere, che la cosa da lui comprata non può esser perfetta.

414. L'obbligo di garantire non è inerente ad ogni obbligazione di dare; ha luogo nella vendita, nelle divisioni, nella dazione in pagamento, nella permuta, nella locazione, nella transazione (5); ma non ha luogo nella do-

(1) Cicerone *Doveri*, lib. III c. 13.

(2) 11, 2, 77, art. 3, e *Quest. quodlib.*, 11 e 12.

(3) *Vente*, n. 238.

(4) A modo d'esempio, l'opinione di Cajo, il quale pretende che il venditore sia tenuto ai danni, ed interessi, se non ha fatto conoscere che uno dei vicini dell'oggetto venduto è un uomo litigioso, e vessatore. L. 35, § 8, D. *De cont. empt.*

(5) Voet ad Pand., *De evict.*, n. 7, 11, 13.

nazione, nel legato di una cosa certa e determinata. Nel modo istesso il procuratore che consegna una cosa non è tenuto (1).

(1) Loyseau, *Garantie des rentes*, ch. 1, n. 14.

§ I.

Della garanzia in caso di evizione.

ARTICOLO 1626.

Quantunque nel contratto di vendita non siasi stipulata la garanzìa, il venditore è tenuto, DI DRITTO, a garantire il compratore dall'evizione che soffre di tutte o di parte delle cose vendute, o dei pesi che si pretendono sopra le medesime, e che NON FURONO MANIFESTATI all'atto della vendita.

SOMMARIO.

415. Riepilogo dell'art. 1626. Significato del vocabolo evizione. Divisione del comento, e dell'esposizione dell'art. 1626.

416. L'evizione deve procedere da causa anteriore alla vendita.

417. Prima *eccezione*. Quando il compratore si è accollato il pericolo della cosa.

418. Seconda *eccezione*. Quando il venditore ha dichiarata al compratore la causa dell'evizione, o il compratore l'ha conosciuta.

419. Terza *eccezione*. Quando la sentenza canonizzante l'evizione è rimasta perenta, o che niuno la porta ad esecuzione.

420. Quarta *eccezione*. Quando il compratore è insieme creditore e debitore per l'evizione. Intorno la massima *Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio.*

421. Quinta *eccezione*. Quando l'evizione avviene per fatto del compratore, o per sua colpa.

422. Il venditore è garante quando l'evizione, sebbene posteriore alla vendita, procede dal fatto del venditore.

423. Ma, eccetto questo caso, l'evizione che procede da causa posteriore al contratto, resta a carico del compratore. Esempj tratti dall'espropriazione per causa d'utilità pubblica, e dal fatto del principe. Altri tratti dalla forza maggiore, e dalla violenza.

424. I Romani consideravano come fatto di forza maggiore posteriore al contratto l'ingiustizia del giudice. Tal sistema non vige presso i popoli moderni.

425. Una prescrizione incoata al tempo della vendita, è una causa d'evizione anteriore al contratto? Repulsa di una decisione di Bordeaux, che sancisce l'affermativa.

426. Un rincaro esercitato da un creditore del venditore è una causa di evizione anteriore al contratto; perocchè il venditore poteva farla cessare.

427. *Quid* se le ipoteche non sono il fatto del venditore?

428. *Quid* Se l'acquirente diviene aggiudicatario?

429. Perchè vi sia luogo all'azione della garanzia, quali persone debbono soffrire l'evizione. Dei successori *in universum jus* ed a titolo singolare. Se il donatario è evitto, il donante può agire per la garanzia contro il suo venditore. Rigetto d'una opinione di Pothier.

430. Rinvio per le questioni relative alla cosa evitta.

431. Il venditore è responsabile per le semplici molestie senza evizione. Che s'intende per molestia?

432. L'obbligo della garanzia è legale. Contuttociò la di lei stipulazione non è priva di utilità. La garanzia legale si applica alle vendite coatte? Risoluzione negativa contro Pigeau e Duranton. Ma l'obbligo della garanzia può modificarsi. Una clausola speciale può ancora liberarne il venditore. Caso in cui la clausola della garanzia non produce alcun effetto.

433. Le molestie e l'evizione danno origine all'azione della garanzia, diramazione dall'azione *ex empto.*

434. È indivisibile. Conseguenze. Rinvio.

435. Ma l'obbligo della refazione de' danni ed interessi in sequela dell'azione della garanzia è divisibile. Ragione. Duplice obbligazione contenuta nell'obbligo della garanzia.

436. Quando s'intenta l'azione della garanzia.

437. Contro chi deva dirigersi. Critica di due giudicati di Bruxelles e di Parigi, i quali decidono che il detentore non può liberare il suo venditore imme-

diato per ricorrere contro il venditore originario.

438. Quando vi sono più eredi del venditore, l'azione può dirigersi contro tutti o contro uno solo. Grave errore della corte di cassazione, la quale vuole che l'azione della garanzia sia divisibile, e l'eccezione della garanzia indivisibile. L'opposto è precisamente la verità. Ragioni.

439. L'erede solo convenuto per la garanzia potrà chiamare in causa i suoi coeredi, ed otterrà dal giudice un termine sufficiente.

440. Se accetta da sè solo la lotta, la sua vittoria sarà utile a tutti. Ma se soccombe, la cosa giudicata contro i coeredi non esisterà. L'indivisibilità della difesa non osta a tal decisione.

441. Per prudenza, il compratore dee chiamare in causa tutti gli eredi. L'erede solo convenuto deve chiamare in causa tutti i suoi consorti per ottenere divisione di spese.

442. Il compratore non è tenuto a citare i mallevadori del venditore. Pure può farlo per prudenza.

443. Quando le parti sono in presenza, il venditore, o i suoi eredi debbono imprendere la difesa del compratore. Estensione di tale obbligazione. Ma se non hanno mezzi di difesa, debbono adempire agli obblighi imposti dall'art. 1630. *Quid* se il compratore vuole accollarsi la lite?

444. Quando il venditore assume le difese, il compratore può farsi mettere fuori di causa. La sentenza contraria al garante è esecutoria contro il garantito.

445. Dell'eccezione di garanzia in favore del compratore.

446. Ha luogo quando il compratore è molestato dall'erede del venditore. Origine della massima *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*. Può opporsi al minore, erede del suo tutore. *Quid* se il tutore ha agito senza qualità?

447. Può opporsi al legatario universale, o a titolo universale, ma non all'erede beneficiato.

448. Può opporsi al donatario universale? Discussione del quesito.

449. Nel dritto Romano, la donazione, ancorchè universale, non costituiva che un titolo singolare.

450. *Quid* ai nostri giorni?

451. Replica agli obietti.

452. Continuazione.

453. Continuazione.

454. Riassunto.

455. Il donatario non è tenuto *ultra quantitatem rerum donatarum*.

456. Applicazione di tutti questi principj all'obbligazione della garanzia.

457. L'eccezione della garanzia è indivisibile nei suoi effetti? Risoluzione negativa contro varj autori, e contro un giudicato della corte di cassazione. Confutazione d'opinione di Duranton, che non è nè quella della corte di cassazione nè quella dell'autore.

458. L'eccezione della garanzia ha luogo, quando il venditore è divenuto, *ex post facto*, proprietario della cosa. Applicazione di questa regola.

459. Primo. Al minore divenuto erede del tutore, il quale in tal sua qualità ha venduto per errore i proprii beni.

460. Secondo. Alla madre, che come tutrice, ha venduto i beni del figlio senza promessa di garanzia, e che poi succede al figlio medesimo. Rigetto d'un opinione del presidente Fabro, e d'una decisione del senato di Chambéry.

461. I mallevadori del venditore che vogliono molestare l'acquirente, possono esser respinti mediante la massima *Quem de evictione*, etc.

462. Lo stesso avviene degli eredi del mallevadore. Confutazione dell'opinione opposta di Duranton.

463. Può parimente opporsi l'eccezione della garanzia alla donna avente communione di beni col marito.

COMENTO.

415. Anche quando il venditore ha taciuto intorno la garanzia in caso d'evizione, vi è per legge tenuto in virtù della natura stessa del contratto di vendita. Perocchè ha contratto l'obbligazione di costituire il compratore proprietario della cosa, ossia, come dice l'art. 1604, di trasferirla in suo potere e possesso; ed è chiaro, che tale obbligazione non sarebbe adempita, se il compratore avesse un possesso inquieto e molestato (1). Il venditore dunque deve far cessare la turbativa; dee rendere il possesso del compratore pacifico, come deve essere quello d'un proprietario provvisto d'un giusto titolo; e se il compratore soffre evizione di tutta, o d'una parte della cosa, ovvero se è costretto a sopportare dei pesi che non furono dichiarati nel contratto di vendita, il venditore dee garantirlo.

Tale è il riassunto del nostro art°. Lo svilupperemo in tutti gli aspetti.

Prima di tutto qual significato ha la parola *evizione*? Questo vocabolo tratto dal gius Romano, *evictio*, si-

(1) Pomp., l. 3, D. *De act empt.*

gnifica portar via una cosa a qualcuno in forza d'una sentenza. *Evincere est aliquid vincendo auferre.* L'evizione, dice Pothier, (1) è l'abbandono d'una cosa, a cui si è costretti da una sentenza condennatoria. Ma, come opina anche Pothier, il senso di questo vocabolo è molto più esteso, e comprende tutti i casi nei quali anco senza una sentenza il compratore non può conservare la cosa da lui acquistata. Così, è una vera evizione se il compratore, convenuto in giudizio per una causa legittima, riconosce la giustizia della dimanda, e vi aderisce pacificamente per evitare un dispendio inutile, e sovente ragguardevole (2).

Così pure (e questo è da rimarcarsi), se ho comprato una cosa soggetta senza mia saputa ad una causa d'evizione, e se poi succedo al vero proprietario della cosa istessa, l'evizione esiste, sebben non vi sia sentenza. Poichè non possiedo in virtù del contratto di vendita, ma in virtù del mio titolo successorio, e le obbligazioni del venditore verso di me non sono adempiute. Ho dunque dritto di farne lamento, e di costringerlo a restituirmi il prezzo (3).

Vi è di più. Vedremo poscia nel 431, che si può comprendere sotto la denominazione di *evizione* la semplice molestia inferita al godimento del compratore (4).

Infine, vi è pure evizione quando il compratore intimato dai creditori ipotecarj, come terzo possessore, dimette i debiti inscritti del venditore per conservare il possesso della cosa comprata. L'articolo 2178 lo decide espressamente (5).

Esamineremo, 1° Qual è il genere d'evizione di cui il compratore può dal venditore esigere la prestazione; 2. Su qual persona dee aver luogo l'evizione perchè vi sia dritto di chiederne la prestazione; 3° Qual cosa dev'essere evitta per occasionare la garanzia; 4° Qual è la natura dell'azione della garanzia; 5° Contro chi si intenta; 6° Quali persone sono soggette all'eccezione della garanzia.

Negli articoli seguenti vedremo come la garanzia può ristringersi od estendersi, in quali condanne si risolve, e quali sono tutte le sue conseguenze; finalmente qual azione il compratore può intentare, allorchè trova la cosa aggravata di pesi occulti, e non dichiarati al tempo del contratto.

416. Intorno al 1° punto vi è una regola fondamentale, ed è che l'evizione dee procedere da causa anteriore alla vendita. Perocchè dopo la vendita tutte le cause di pericolo sono a carico del compratore (6). Ma quando il germe dell'evizione è inerente alla cosa venduta, e procede da causa anteriore, od anco contemporanea alla vendita, il venditore n'è responsabile. Ha promesso al compratore di dargli un possesso pacifico, e senza turbative. Non può dunque a carico suo liberarsi da un pericolo che sovrastava alla cosa sua, e da cui doveva purgarla prima di farne l'alienazione.

Tal regola soffre nientedimeno alcune eccezioni.

417. La prima si verifica allorchè,

(1) *Vente*, n. 83.
(2) Pothier. *Vente*. n. 96.
(3) Ulp., l. 13, § 6, *De act. empt.* Giuliano, l. 29, *ibid.* Pothier, *Vente*, n. 97. Duranton, t. 16, n. 249.
(4) A conferma di ciò, vedi la decisione della corte di Orléans del 5 Giugno 1829.
(5) Mio comento sopra le Ipoteche, n. 844.
(6) Pothier, *Vente*, n. 87, e *Pand.* t. 1, p. 607, n. 21.

con un patto esplicito inserito nel contratto di vendita, il compratore si è accollato il pericolo della cosa venduta. Tali sono le vendite fatte a risico e pericolo del compratore (1).

418. La 2ª ha luogo, sebbene non vi sia clausola espressa, quando la causa dell'evizione è stata dichiarata al compratore (2). Per esempio se fu informato della esistenza di un dritto di retrocessione, di ricompra, etc.: « Quæ et tu notanter intellige etiam « si SCIENS a sciente quoque emit. « Nam nec tum quoque agit de evic- « tione, nisi de ea expressim caveat. » Sono parole di Tiraquello (3). Si fondano sopra la leg. 27 C. *De evict.* (4). È chiaro, che il compratore ha voluto prendere la cosa con tutti i suoi pericoli; *fundum emere qualis est videtur*, dice Brunemanno.

Non è da considerarsi come contrario a questa regola un giudicato della corte di Parigi del 16 Luglio 1832 (5). Perocchè nella specie trattavasi unicamente della restituzione del prezzo, ed il compratore pretendeva che ad onta di una formale dichiarazione d'un dritto condizionale di retrocessione, doveva esserne rimborsato. Così pronunziò la corte reale, onde si vede che la questione da essa risoluta è ben diversa da quella che ora esamino. Infatti il difetto di garanzia non è incompatibile con la restituzione del prezzo, come decide l'articolo 1629. Taluno può esser libero da un regresso in garanzia, ed esser ciò nondimeno tenuto a restituire il prezzo che fù versato nelle sue mani. È vero, che il collettore delle decisioni, formulando la rubrica di questa, gli ha dato un'estensione tanto generale, che parrebbe la corte di Parigi aver preteso giudicare che la dichiarazione positiva degli oneri esistenti, non modifica in parte alcuna la garanzia. Io la credo una esagerazione (6).

Diciamo dunque che se, per esempio, il venditore dichiara al compratore le ipoteche gravanti la cosa venduta (7), è come se glie la vendesse *con l'onere delle medesime ipoteche;* allora non vi è regresso per l'evizione. Gli oneri essendo stati dichiarati, l'articolo 1626 non ammette garanzia. È come se le parti avessero stipulato nel contratto lo sgravio espresso da qualunque regresso in garanzia (8).

Ciò che ho detto d'una dichiarazione espressa fatta dal venditore, si applica al caso in cui il compratore ha conosciuto *extrinsecus* il pericolo che minacciava la cosa, sebbene il venditore non glie ne abbia parlato?

In tesi generale, l'affermativa è certa. Poco importa d'onde il compratore abbia acquistato la notizia del pericolo dell'evizione. Se tal notizia positivamente esiste, basta perchè il compratore nulla possa rimproverare al venditore, riguardo ad una evizione,

(1) Art. 1629, Cod. Civ.

(2) Testo del nostro articolo, e art. 1638, 1642.

(3) *De retract. gentil.*, § 12, glosse 1, n. 7, 8. Allude al caso di uno che ha comprato conoscendo la causa dell'evizione. Tale è pure la dottrina di Voet (ad Pand., *De evict.*, n. 32), di Brunemanno (sopra la legge 27, C. *De evict.*), di Perez (sopra il cod. *De evict.*, n. 25), di Caballinus (*De evict.*, § 2, n. 32). V. Pothier, n. 188. Cicerone ha detto ne' Doveri, lib. III, n. 13: « Ubi enim judicium emptoris est, ibi fraus venditoris quæ potest esse? »

(4) Pothier, n. 88, e 188. *Infra*, n. 426, 481, 525, 544. Duranton t. 16, n. 261.

(5) Dall., 32, 2, 214.

(6) Ved. *infra*, n. 483.

(7) Tal caso è preveduto da Pothier (*Vente*. n. 188); e la legge 27 C. *De evict.*, la decide egualmente. « Si fundum sciens alienum vel OBLIGATUM, « compararit Athenoclès, etc. » V. *infra*, n. 426.

(8) Ma *quid* se le ipoteche fossero imposte dal venditore? Ved. *infra*, n. 474, 477 e 428.

che doveva aspettarsi (1).

La legge 27 C. *De evictionibus* mi sembra decisiva. Non ricerca che una sola cosa. Il compratore ha saputo il pericolo (*sciens*)? Ciò posto, non dimanda per qual mezzo il compratore ebbe tali informazioni, perchè è indifferente. Infatti qui può ripetersi con Cicerone: « Ubi JUDICIUM emptoris est, « ibi fraus venditoris quæ potest esse?»

E partendo da tale idea, l'antica giurisprudenza decideva, che il compratore non aveva regresso in garanzia per l'evizione causata dal retratto gentilizio. Perciocchè tal retratto procedeva da una legge municipale che si presumeva niuno ignorasse; *ex consuetudine nota lippis et tonsoribus*, come dice Tiraquello (2).

Per la stessa ragione il retratto successorio, sancito dall'art. 841 del codice civile, non dà apertura all'azione della garanzia (3). Si presume nota questa causa d'evizione.

Finalmente la regola che prescrive che il venditore non sia tenuto per le servitù apparenti (4), e dei vizj visibili della cosa (5), è la conseguenza di questo principio.

Tuttavia, rapporto alle ipoteche, non si deve ammetterlo che con un giusto temperamento, e mediante una distinzione.

Se le ipoteche derivano dal venditore medesimo, e servono a cautelare i suoi debiti personali, la cognizione che il compratore ha potuto averne non basta per provare che ha voluto comprare a suo risico e pericolo, ed accollarsi i pesi. Perciocchè ha potuto credere, ed ha anco naturalmente supposto, che il venditore salderebbe i suoi debiti, e toglierebbe così le cause dell'ipoteca. Il venditore, non ponendo a carico suo la dimissione dei creditori ipotecarj, lo ha sufficientemente persuaso, chè sua intenzione era il dimetterli da sè stesso. E qui si rimarca una grandissima differenza fra l'ipoteca, ed altri oneri analoghi, siccome servitù, dritti di reversione, etc. Questi investono l'immobile per motivi che il venditore non è in grado di far cessare. Ma non è lo stesso dell'ipoteca la quale serve di garanzia ai debiti personali del venditore. Egli ha sempre mezzo di radiarla, e l'acquirente dee presumere che il venditore libererà l'immobile liberando sè medesimo. L'obbligo della garanzia sussisterà dunque in tutta la sua latitudine, e ciò dee dirsi con tanto maggior ragione, che qui si tratta di un fatto personale al venditore, di cui non deve facilmente credersi che abbia voluto sgravarsi sopra il compratore (6).

Ma se le ipoteche derivano dal fatto di quelli che hanno posseduto l'immobile prima del venditore, se questi non aveva personalmente l'obbligo di sodisfarli, se in una parola non era che un detentore puro e semplice, sono d'avviso che la cognizione positivamente acquistata dal compratore intorno agli oneri esistenti sia una causa sufficiente di esclusione della garanzia. La l. 27 C. *De evictionibus* così lo decide in modo razionale (7). Qual diversità evvi, in questo caso, fra un'ipoteca cognita, ed una servitù apparente, o un difetto visibile (8)?

(1) Opina così anche Pothier, n. 188.
(2) *De ret. gent.*, § 12, gloss. 1, n. 6.
(3) *Junge* Duranton, t. 16, n. 259.
(4) Art. 1638.
(5) Art. 1642.
(6) Ved. *infra*, n. 477.
(7) *Junge* Pothier, n. 188.
(8) V. art. 1638 e 1642 del codice civile.

419. La terza eccezione ha luogo, quando la sentenza che ordina il rilascio del fondo è rimasta perenta senza essere eseguita, o niuno si presenta per ottenerne l'esecuzione (1).

420. La quarta eccezione è quando il compratore riunisce nella sua persona la duplice qualità di creditore per evizione, e di debitore per la stessa evizione.

Per esempio, compro da Dionigi, e ti rivendo una casa. Sei costretto rilasciarla, perchè la causa dell'evizione è anteriore alla vendita fattati da me, ed a quella che mi ha fatto Dionigi; tu avresti l'azione per la garanzia contro di me, ed io poi avrei la medesima azione contro Dionigi. Ma tu sei erede di Dionigi, ed in conseguenza obbligato per tutti i suoi fatti. È evidente che la tua azione contro me è inutile, perchè se sono tenuto verso te, tu sei nella stessa misura obbligato verso di me nella tua qualità di successore di Dionigi. Le due azioni adunque fra loro si compensano, e scambievolmente si neutralizzano. Onde è nata la massima, *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio* (2), o in altri termini, *chi dee garantire non può evincere*. Tal regola è conforme sì alla morale, che alla ragione. Alla ragione, perchè è chiaro, che chi dee difendere non può attaccare; alla morale, perchè sarebbe reo di dolo chi reclamasse una cosa, che poi dovesse restituire.

421. La quinta eccezione ha luogo, quando l'evizione, sebben procedente da causa anteriore alla vendita, non è avvenuta che pel fatto del compratore, o per sua colpa.

A modo di esempio, tu hai ipotecato la casa B. a Pietro. Tu dai questa casa a Giacomo, il quale me la vende, e poco dopo te la cedo. Il creditore ipotecario ti evince; potrai agire contro di me? No. A vero dire, la causa dell'evizione è anteriore alla vendita che ti ho fatta, ed è pur vero, che tu non sei garante di Giacomo mio venditore; perchè Giacomo ha ricevuto da te la proprietà per mezzo di donazione, e la donazione non genera garanzia. Ma non è meno certo che tu sei l'autore dell'ipoteca, la quale ha causato l'evizione, e siccome questa ipoteca è opera tua, non sei ricevibile a farne lamento, ed a movere azione contro di me (3).

Ho detto che l'evizione non doveva aver luogo, se l'acquirente si era lasciato spogliare per colpa sua.

Laonde, se intimato all'abbandono del fondo, da sè stesso replica alla dimanda senza citare il suo venditore a garantirlo, e se è condannato in sequela della sua negligenza a far valere alcuni mezzi decisivi, che il suo venditore gli avrebbe somministrati, dovrà sopportare la pena della sua evizione, e non potrà farla ricadere sul venditore, che avrebbe potuto allontanarla (4).

422. Non è la sola evizione derivante da causa antecedente alla ven-

(1) L. 57, D. *De evict.* Pothier, n. 89.

(2) *Infra*, n. 455. L. 11 D. *De evict.*, a Brunemanno sopra questa legge. Donello lib. XX, C. 2. Pothier, *Vente*, n. 90. Decisione di cassazione 24 Gennajo 1826.

(3) *Ibid.*, n. 91. Despeisses, p. 29, n. 20, § 3. L. Dig. 20, *De eviction.*

(4) Pothier, n. 95; art. 1640. *Infra*, mie osservazioni sopra quest'articolo, n. 540 e seg. e 424. Nel mio comento sopra le Ipoteche, n. 844, ho esaminato la questione se il venditore sia liberato, quando il terzo possessore, convenuto nel giudizio di espropriazione, rilascia il fondo senza aver denunziato la lite al suo venditore. Ho dimostrato che i nuovi principj costringono ad allontanarsi dal sistema di Loyseau.

dita, che genera la garanzia; talvolta l'evizione procedente da causa posteriore al contratto è il fondamento di un'azione contro il venditore. Ciò avviene quando l'evizione deriva dal fatto del venditore medesimo.

Per esempio, tu mi vendi la casa B., mediante atto privato. In seguito, hai la mala fede di venderla mediante atto autentico a Raymond. Questi mi evince poichè affidato alla tua lealtà non ho ancora rivestito il mio titolo di data certa. Tu avrai ad evidenza l'obbligo di garantirmi (1).

423. Ma in tutti gli altri casi, la evizione, il di cui principio è posteriore al contratto, grava sul compratore. Quindi, se vengo espropriato per motivi di pubblica utilità, ed in virtù di misure amministrative ordinate dopo la vendita, non avrò regresso contro di te. Se vengo spogliato in forza della legge de' 28 Agosto 1792, la quale fa rientrare le comuni in quei beni che i signori avevano da esse acquistati, e se tale evizione è posteriore alla mia compra, sarà un fatto di forza maggiore, legalmente denominato *fatto del sovrano*, che non potrà generare azione contro il mio venditore (2).

Nell'istessa guisa, se i beni degli esiliati sono posti in vendita, e quindi rivenduti dagli acquirenti, e se poi vengono restituiti in conseguenza delle condizioni della pace, i venditori non saranno tenuti all'evizione, perchè è un fatto imprevisto, e Brunemanno ci dice che così pronunziò una decisione da lui riferita (3).

Il Giureconsulto Paolo offre un esempio curioso di questa regola. Certo Lucio Tizio aveva comprato dei terreni in Germania al di là del Reno, ed aveva sodisfatto una parte del prezzo. Il suo erede essendo stato intimato dal venditore al saldo del reliquato, oppose che una porzione di que' terreni era stata occupata in virtù d'un editto del principe pe' bisogni dell'impero, e che l'altra era stata distribuita in ricompensa ai veterani. Nullostante fù condannato a pagare il residuo del prezzo, perchè la causa di tale evizione era posteriore alla vendita.

Sull'appoggio di questa legge Brunemanno ha scritto quanto segue intorno al fatto del principe: « Cum res « a principe aufertur, hic casus a « venditore non est præstandus, quia « futuri casus evictionis post contrac- « tum emptionis, ad venditorem non « pertinent. Nam venditor non tene- « tur de ea evictione quæ fit ex ple- « nitudine potestatis, *quæ semper videtur excepta* . . . SECUS AUTEM, si « princeps auferat VIA JURIS et PER « MODUM PROCESSUS (4). »

Al fatto del principe può compararsi, pei resultati, la violenza. Sù tal proposito riferirò una specie a me nota.

(1) Pothier (n. 89) propone un esempio, che non è più applicabile. Egli infatti parte da quel principio, che ai suoi tempi era incontrovertibile, cioè, che la vendita non produceva alcun effetto di fronte ai terzi, se non che mediante la tradizione, ed egli suppone che prima della tradizione il venditore abbia ipotecato l'immobile venduto.

(2) Decis. di cassazione, 27 piovoso anno XI. Dalloz v° *Vente*. Ved. *infra*, n. 465, 466. Intorno al fatto del principe, possono consultarsi le decisioni emanate nell'affare del barone di Boucheporn. In questa materia è da esaminarsi se il principe si è limitato a dichiarare un dritto preesistente, ovvero se ha commesso un atto d'autorità legale o illegale.

(3) Sulla leg. 11, D. *De evict.*

(4) Si noti quest'ultima frase. Se il principe ha interloquito in qualità di giudice, si ritorna allora ai principj della cosa giudicata, che nulla hanno d'eccezionale, ed il venditore è responsabile, secondo le distinzioni esposte ai n. 421 e 424, se la causa delle molestie è anteriore alla vendita. (Leg. 11, D. *De evict.*)

La famiglia Spinola di Genova, aveva venduto al Sig. Frediani di Bastia un vasto possesso, conosciuto sotto il nome di *precojo di Migliacciaro*, *e Coasina*. Alcuni anni appresso, le popolazioni di un cantone della Corsica denominato *Fiumorbo*, avevano approfittato dei disordini che susseguirono le rivoluzioni del 1814, e 1815 per invadere varj punti di quel possesso, occuparne con la forza delle parti considerabili, ed impadronirsi delle raccolte abbondanti che produce quel fertile suolo. Il Sig. Frediani intentò l' azione della garanzia contro la famiglia Spinola. Ma fu rigettata, perchè le cause dell' evizione erano posteriori alla vendita.

Il Sig. Frediani però faceva valere un fatto assai grave. Egli adduceva che in altre circostanze, tutte precedenti il contratto, gli abitanti del Fiuborbo avevano approfittato dei moti rivoluzionarj che avevano agitato la Corsica per invadere i terreni in quistione; e ne traeva la conseguenza, che codeste popolazioni avevano sopra quel vasto territorio delle pretensioni di proprietà che si riproducevano ad ogni epoca di torbidi, e che questa era una causa permanente di evizione, l' origine della quale precedeva la vendita, e da cui all'occorrenza doveva essere garantito. Ma è da notarsi che tali pretensioni degli abitanti del Fiumorbo non avevano alcuna base in dritto; procedevano dalla violenza, e venivano represse tostochè l' ordine e le leggi riprendevano il loro impero. I venditori adunque non potevano esser responsabili delle vie di fatto a cui i capricci di quelli abitanti potevano portarli dopo il contratto. Sarebbe stato lo stesso che renderli debitori di rivoluzioni, che niuno potea prevedere nè impedire; lo stesso che porre a carico loro la forza maggiore avvenuta dopo che si erano spogliati della cosa.

424. I Romani consideravano come fatto di forza maggiore posteriore al contratto l' ingiustizia del giudice il quale in onta al dritto ed alla ragione, condannava l' acquirente al rilascio, ancorchè la fonte dell' evizione preesistesse alla vendita (1).

Simile giurisprudenza non può aver vigore presso di noi, se non che nel caso in cui il compratore avesse tralasciato di chiamare in giudizio il venditore, il quale avesse avuto dei mezzi di difesa da far valere.

Ma se il compratore non avesse citato il venditore, e se questi non provasse che aveva dei mezzi sufficienti per far rigettare la dimanda (2), nulla gioverebbe il dire, ed anche il dimostrare, che i giudici sono caduti in errore. Come Voët fa osservare, seguendo Groënewеghen, e Wassenaar (3), le leggi Romane, che fanno ricadere sul compratore l' ingiustizia del giudice, non debbono adottarsi dai popoli moderni, presso i quali, con la massima « *res judicata pro veritate* « *habetur*, » vige pure la regola, che i giudici non assumono la cognizione delle cause a loro risico e pericolo; *nec judices hodie soleant litem suam facere*. La magistratura è una pubblica potestà a cui è d' uopo ricorrere per ottenere giustizia. Il compratore si è difeso innanzi ad essa; ha resistito come doveva; se è condannato, anco per errore, deve avere il suo regresso contro il venditore, a cui la sen-

(1) Ulp., l. 51, Dig. *De evict.* Pothier, Pand, t. 1, n. 22, e *Vente*, n. 95.

(2) Art. 1640.

(3) *De evict.*, n. 80.

tenza è opponibile (1). Il venditore, se fosse stato in causa, sarebbe stato condannato parimente.

425. Quando, all'epoca della vendita, esiste già incoata una prescrizione, e dopo il contratto tal prescrizione pacificamente continua e si compie poi col creare un dritto di proprietà che evince l'acquirente, si dimanda se tal causa d'evizione è precedente o posteriore alla vendita.

Una decisione di Bourges del 4 Febbrajo 1823 ha razionalmente giudicato, che tal causa d'evizione è posteriore alla vendita, e non obbliga il venditore alla garanzia (2). Infatti, una prescrizione incoata è assolutamente un nulla; non conferisce alcun dritto, ed è soltanto il principio di una speranza tuttora incerta, fugace, feconda di delusioni, poichè ad ogni istante il menomo atto d'interruzione o di dimanda può farla svanire. Il compratore dee rimproverare a sè stesso di aver lasciato convertire questa incerta speranza in un dritto di proprietà positivo, ed immutabile. Da lui dipendeva il distruggere quel possesso indebito. La causa dell'evizione adunque è posteriore alla vendita, ed inoltre emana dal compratore. So, che una decisione di Bordeaux del 4 Febbrajo 1831 (3) ha statuito in senso opposto. Ma questo giudicato non mi sembra adottabile. La corte di Bordeaux ha omesso di riflettere, che una prescrizione incoata non forma un dritto quesito, dimodochè il legislatore potrebbe, senza incorrere nel rimprovero di retroattività, non rispettare le prescrizioni incoate (4). Invano essa objetta, che il possesso del terzo detentore contiene un germe d'evizione. Rispondo, che tal germe non aveva consistenza all'epoca della vendita, che era sempre minacciato d'aborto, e che se è stato fecondato, lo fù per la negligenza del compratore, il di cui fatto non è imputabile al venditore.

426. Varie decisioni hanno giudicato, che il venditore non è responsabile dell'evizione che resulta da un rincaro legalmente esercitato da uno dei suoi creditori (5). Il loro motivo è che il rincaro è un fatto posteriore alla vendita e non personale al venditore. Quelli che sostengono tali decisioni argomentano da ciò che stabiliva la antica giurisprudenza riguardo al retratto gentilizio, od al retratto feudale, che si consideravano come cause legali di evizione, poste dalla legge municipale a carico del compratore, il quale si reputa comprare sempre con gli oneri degli statuti (6). Si aggiunge, che l'acquirente non ha potuto credersi proprietario incommutabile, se non dopo la spirazione del termine ad eseguire il rincaro.

Pigeau decide al contrario, che il rincaro è una causa d'evizione, per cui il venditore è tenuto in conformità dell'art. 1630 del codice civile, e lo ha giudicato pure la corte di cassazione con decisione in data del 4 Maggio 1808, che cassò una decisione di Parigi del dì 8 Maggio 1807. Eccone i considerandi: « Attesochè dalle di- « sposizioni degl'art. 1626, e 1630

(1) Arg. dall'art. 1640.

(2) Dalloz, v° *Vente*, nota 3.

(3) Dal., 31, 2, 85.

(4) L'art. 2281 forma una disposiziona accezionale, e di favore, onde facilitare la transizione da una legislaziona ad un altra (Merlin, Rep., v° *Vente*).

(5) Metz 31 Marzo 1821; Parigi 25 pratile anno XII.

(6) Pothier, *Venta*, n. 88. Voet, ad Pand., *De evict.*

« combinate con quelle degli art. 1631 « 1633, 2183, e 2191, come pure « dell' editto del 1771, che sono tut- « te dichiarative degli antichi prin- « cipj, e delle antiche leggi intorno « la garanzia in caso di evizione, re- « sulta, che siccome il rincaro auto- « rizzato da queste disposizioni è una « causa d' evizione, la garanzia è do- « vuta, ai termini dell' art. 1630, se « l' acquirente è evitto, sia stata es- « sa, o non sia stata stipulata, a me- « nochè, a forma dell' art. 1627, non « sia stato convenuto, che il vendi- « tore non vi anderebbe soggetto; « cassa, etc. »

Ciascuno vede, che la tendenza della corte di cassazione a risolvere la quistione per la quistione ascende ad un' epoca molto remota, poichè la trascritta decisione è motivata sopra una petizione di principio. Nulladimeno questo giudicato deve abbracciarsi per le considerazioni seguenti, che Lecontour avvocato generale aveva in parte presentate, e che meritavano di trovar luogo nella decisione. E sono, che l' evizione in conseguenza di rincaro proviene da un fatto personale al venditore, il quale può, col porre i creditori fuori d' interesse, impedire l' evizione. Questa è la gran differenza che passa fra il retratto, ed il rincaro. Il retratto era una via di dritto indipendente dalla volontà del venditore e dell' acquirente (1); mentre che il rincaro è la conseguenza del gius ipotecario che il debitore può estinguere col pagamento. E tanto è vero che la legge così l' intende, che l' art. 2185 del codice civile esige, che l' istanza del rincaro venga notificata al precedente proprietario debitore principale (2). A quale oggetto tale notificazione, se non a quello di intimare il debitore a soccorrere il terzo possessore, e far cessare le molestie togliendo ogni interesse ai creditori?

Si obietterà forse, che l' acquirente d' un immobile vincolato da iscrizioni ipotecarie, e che ritiene il prezzo in mano sua per pagarlo ai creditori sà di essere esposto al caso di un rincaro, il quale è la conseguenza necessaria, e forzata delle ipoteche da lui conosciute comprando; che è desso che provoca il rincaro costituendo in mora i creditori nel termine stabilito dall' art. 2185 del codice civile; che l' art. 2186 gli ha abbastanza insegnato che il suo titolo non è incommutabile se non che nella mancanza dei creditori a promuovere l' incanto nel termine prescritto?

Ma tutte queste ragioni cadono dinanzi alla decisiva riflessione, che il venditore poteva, e doveva far cessare le cause del rincaro, e che il compratore aveva giusto motivo di sperare, che esso interverrebbe per liberarsi verso i suoi creditori (3).

Si rimprovera al creditore di avere in certo modo eccitato il rincaro mediante l' adempimento delle formalità relative alla purgazione. Ma è da riflettersi, che ov' egli non avesse purgato, i creditori avrebbero contro di lui agito in via esecutiva, e gli avrebbero tolto lo stabile con l' espropriazione; chi può negare, che in tal caso non si faccia luogo alla garanzia per

(1) Infatti Voet dice: « *Cum illud culpa vendito- « ris adscribi nequeat.* » (*Loc. cit.*) V. anco Tiraquello, *De retract gentil.*, § 1, gloss. 9. n. 34.

(2) Mio Comento sopra le Ipoteche n. 939.

(3) V. il mio Comento sopra le Ipoteche n. 967, ove queste ragioni sono riprodotte. *Junge* Duranton, t. 16. n. 260, e *supra* n. 413.

parte del venditore (1)? Ebbene la sua obbligazione è assolutamente la stessa, quando il compratore ha adottato la via della purgazione più favorevole ai suoi interessi o a quelli del venditore, e che un rincaro lo ha spogliato della proprietà. Costretto ad abbandonare il suo immobile a cagione degli altrui debiti, sarebbe ingiusto che l'acquirente soffrisse una perdita per la negligenza del suo venditore a sodisfare i proprj creditori, e così decide espressamente l'art. 2192 nel suo § finale (2).

Sarebbe altrimenti se la vendita fosse stata fatta *col peso di certe ipoteche*, o se il venditore le avesse espressamente dichiarate (3), perchè allora il venditore avrebbe fatto sufficientemente conoscere al compratore di aspettare da lui l'estinzione dei debiti inscritti. Qui havvi una modificazione ai principj generali della garanzia, come dissi sopra al n. 418; ma eccetto questo caso, l'obbligazione scritta nell' art. 1626 sussiste in tutta la sua forza.

427. Sarebb' egli lo stesso, se le ipoteche fossero state impresse non dal venditore, ma dai possessori antecedenti? Credo che l'evizione sofferta dall' acquirente motiverebbe del pari il regresso in garanzia (4). Tali ipoteche sono una causa di molestie anteriore alla vendita, ed il venditore è, in forza della natura stessa del contratto di vendita, nell' obbligo di difenderne il suo compratore. Non imponendogli l' obbligazione di pagare i creditori iscritti, lo ha lasciato nella opinione, che esso venditore farebbe tutte le diligenze necessarie presso i debitori per dimettere i creditori.

Nulladimeno se le ipoteche fossero state dal venditore dichiarate, o se dalle circostanze resultasse, che il compratore ne aveva positiva notizia (5), la garanzia cesserebbe, come ho spiegato al n. 418. Ma vedremo in seguito, che il compratore il quale avesse versato il prezzo nelle mani del venditore avrebbe dritto a ripeterlo (6).

428. Se il compratore, che vien minacciato di evizione in conseguenza di un rincaro, preferisce divenire aggiudicatario per conservare la cosa, ha il regresso contro il suo venditore per farsi rimborsare la somma da lui pagata oltre il prezzo convenuto nel contratto, con più gl' interessi della medesima a datare dal giorno di ciaschedun pagamento (7). Tal restituzione è tanto più giusta, perchè i denari sborsati dal compratore hanno servito a pagare il debito del venditore. È basata non solo sull' azione *ex empto*, ma anco sulla gestione dei negozj. Il compratore si è costituito il *gestor de' negozj* del venditore.

Se il venditore avesse dichiarato le ipoteche in guisa che il compratore avesse acquistato l' immobile con la gravezza delle medesime, il compratore, mancherebbe di qualunque regresso contro il venditore per la via dell' azione di garanzia. Perocchè, come ho già detto, n. 418 e 427, e

(1) Art. 2178 codice civile; mio Comento sopra le Ipoteche n. 844.

(2) V. il mio Comento sopra le Ipoteche n. 972 *in fine*.

(3) Art. 1626, il quale dice: *i pesi non dichiarati nel contratto di vendita*. *Supra* n. 418.

(4) Duranton, t. 16, n. 260.

(5) V. la nota sopra il n. 418.

(6) Arg. dell' art. 1629. *Infra* n. 482, e 483.

(7) Mio Comento sopra le Ipoteche n. 968, e 970. Art. 2191 del codice civile.

come ripeterò al n. 477, la dichiarazione fatta dal venditore lo libera dalla garanzia (art. 1626 codice civile) (1). Ma se l'azione *ex empto* è paralizzata, rimane però sempre l'azione della gestione de' negozj. Il compratore che ha pagato i debiti del venditore, ha necessariamente il regresso contro di lui.

Se le ipoteche che hanno molestato il possesso dell' acquirente non provengono dal venditore, ma dai proprietarj precedenti, è d'uopo distinguere. O il contratto non esclude la garanzia, ed in tal caso il compratore ha regresso sì contro il suo venditore diretto, che contro i precedenti proprietarj, dei quali i suoi denari hanno estinto il debito; o il contratto esclude qualunque garanzia, ed in tal caso il compratore non avrà regresso contro il suo venditore. Ma ripeterà da quelli che furono gli autori delle ipoteche, e de' quali saldò i debiti, le somme che sborsò nel loro interesse (2).

429. Vediamo ora quali persone debbano soffrire l' evizione per dar luogo alla garanzia.

L' azione per l' evizione è aperta al compratore, o ai di lui aventi causa. Questo però richiede alcune spiegazioni.

Allorchè il successore del compratore lo rappresenta *in universum jus*, è chiaro che se viene evitto, può esercitare contro il venditore tutte le azioni del proprio autore.

Ma secondo Pothier (3), quando l' avente causa è un successore a titolo singolare, è d'uopo distinguere. Se tal successore ha regresso contro chi gli trasferì la cosa, quest' ultimo potrà intentare l'azione dell'evizione, ed obbligare l' originario venditore alla garanzia. Ma se l'avente causa sarà privo di regresso, il suo autore non avrà interesse a chiedero la garanzia.

Applicando tal dottrina ai varj contratti, ne emergerebbe, che se la cosa fosse evitta ad un secondo acquirente, o ad un creditore, cui la cosa fosse stata data in pagamento, o ad un permutante, o ad un condividente, o ad un conduttore, etc. (4), il compratore, dal quale tutti questi terrebbero le loro ragioni, avrebbe l' azione della garanzia contro il suo venditore. Fin quì tutto è incontrastabile. Ma se l'avente causa fosse un donatario, o un legatario di una cosa certa, l'evizione da lui sofferta non genererebbe la garanzia, avvegnachè non avendo regresso contro il suo autore, questo non avrebbe interesse ad obbligaro il venditore alla garanzia. Pothier basa tal decisione sopra un argomento ch'ei ricava dalla leg. 71. Dig. *De evict.*

Riflettendo a tale opinione si scorge quanto è opposta all' equità; perocchè se avessi ritenuto la cosa da te vendutami, saresti tenuto a garantirmela. Ma per la ragione che l'ho donata, e che il donatario non ha azione contro me, ne deriverà che dovrò vedere senza risentirmi una evizione che spoglia colui che io aveva voluto beneficare, che disperde il frutto della mia benevolenza e della mia generosità, e che ti arricchisce a mio danno!

(1) V. n. 482, cosa dice Cujacio sopra a tal proposito.

(2) *Junge* il mio Comento sopra le ipoteche art. 2191, n. 970.

(3) *Vente*, n. 98.

(4) *Supra*, n. 413.

Portando però un attento esame sopra la legge di cui Pothier si fa forte, si trova ch' essa non produce un resultato tanto odioso ed ingiusto. Eccone il significato, ed il comento.

Un tale costituisce in dote alla propria figlia un immobile. Ben tosto però il vero proprietario si presenta, ed evince la figlia. Spetterà al padre l'azione *ex empto* come se personalmente soffrisse un danno? È quistione intorno la quale sonovi non lievi dubbj (*non immerito dubitatur*). Può primieramente dirsi, che la cosa ha cessato di appartenere al padre, il quale perciò non ha più interesse che segua o non segua evizione. È tanto vero che questo possesso ha cessato di appartenergli, che se fosse figlio emancipato, e dopo aver dato in dote a sua figlia l' immobile in discorso divenisse erede del padre, non sarebbe obbligato a portare in collazione quest' effetto agli altri fratelli rimasti sotto la patria potestà, ai quali, come è noto, è debitore della collazione di tutti i suoi beni. Ma vediamo però, se non è più probabile che siavi luogo alla garanzia. Interessa al padre, che sua figlia sia, e rimanga dotata; è altronde possibile che la dote a lui ritorni. Imperciocchè una di queste due cose: o la figlia è soggetta alla patria potestà, o è emancipata. Se è soggetta alla patria potestà, allo scioglimento del matrimonio la dote ritorna al padre, ancorchè vi sia divorzio. Se è emancipata, la dote è riversibile al padre quando sua figlia muore prima del marito. È d' uopo adunque che non succeda evizione, all' oggetto che il padre possa esercitare tal dritto. Ma supponiamo che la figlia sia emancipata, e sopravviva a suo marito, nel qual caso la dote non ricade al padre. Ebbene! anche in questo caso, il padre potrà agire per la garanzia, perchè a lui interessa, che sua figlia sia dotata. L'interesse del padre è qui un puro interesse d' affetto, ma è sufficiente ad autorizzare la sua azione. *Quod magis paterna affectio inducit* (1).

O m' inganno altamente, o questa legge rigetta la dottrina troppo rigorosa che Pothier ha voluto farne discendere. Secondo Paolo, dagli scritti del quale questo testo è stato desunto, un interesse d' affetto è sufficiente, perchè il compratore, il quale non è più proprietario della cosa prenda l' iniziativa, onde far mantenere e garantire l' alienazione a titolo gratuito, che gli è piaciuto di fare. Non chiedo di più. Il donante che vede spogliare quello da lui voluto arricchire, l' erede che vede il legatario privato del legato che il suo autore gli aveva relitto per facilitare il suo matrimonio, per formargli uno stato, etc. possono ben consultare lo loro affezioni, giacchè sono per essi un interesse bastante a far perduraro gli effetti di quelle liberalità, le quali secondo lo spirito che le ha animate, debbono rimanersi intatte. La dottrina di Pothier produrrebbe l' inconveniente, che la sola persona che in ultima analisi rimarrebbe beneficata, sarebbe non quella prediletta al donante, ma il suo venditore. Avvegnachè mentre il donatario soffrirebbe una perdita, egli solo avvantaggierebbe le proprie condizioni, e sarebbe liberato da un regresso legittimo.

Opino adunque (2) che il donante

(1) Pothier, Pand., t. 1, n. 41, e le note.

(2) Questo è pure il sentimento di Duranton. l. 16 n. 276.

non può invero esser costretto ad agire contro il venditore, ma che volendolo, niuna eccezione può essergli opposta.

430. Quanto alla quistione di sapere qual cosa dev' essere evitta per dar luogo alla garanzia, la tratteremo all' articolo 1636, cui si connette.

431. La garanzia non è dovuta soltanto nel caso di evizione, ed il venditore è risponsabile anco quando il compratore non risente che una mera *molestia*. Il nostro articolo bensì non lo dice testualmente, ma tale obbligazione emerge dall' articolo 1604. Potrebbesi anche ragionevolmente sostenere, che nel vocabolo *evizione* l' articolo 1626 ha inteso comprendere insieme il caso nel quale la cosa vien tolta al compratore, e quello in cui il di lei possesso è il soggetto di turbative, o di minaccio (1).

Chiamansi *molestie* i giudizj promossi contro il compratore da un terzo che pretende aver dritto ad ottenere l' abbandono dell' effetto venduto, ovvero, se il compratore non è in possesso, il rifiuto che fa il terzo possessore della cosa di rilasciarla; infine tuttociò che elide il dritto dell' aquirente, tuttociò che lo pone in quistione, sia nella sua integrità, sia soltanto in parte, tuttociò che costituisce una pretensione minacciosa, ed una collisione opposta alle promesse del contratto.

432. L' obbligazione di garantire il compratore contro qualunque molestia ed evizione è di dritto nel contratto di vendita. Il nostro articolo espressamente lo dichiara (2). Perciò spessissimo avviene, che la promessa della garanzia a nulla giova, *quia expressio eorum quæ tacite insunt, nihil operatur*. Questo è il motivo per cui i Romani, amici del laconismo e disprezzatori delle parole oziose nei contratti, non usavano di stipulare semplicemente la garanzia, ma aggiugnevano d' ordinario alla vendita la promessa di pagare il doppio del prezzo in caso d' evizione, il che chiamavasi *stipulatio duplæ* (3).

Se però avviene che, in forza della natura del contratto o delle circostanze della vendita, la garanzia non sia dovuta, come a modo d' esempio, quando il compratore ha saputo che la cosa apparteneva ad altri, la stipulazione della garanzia produce allora un effetto reale, ed obbliga la parte all' adempimento della sua promessa (4).

Il principio che la garanzia è dovuta per legge, si applica ad ogni vendita volontaria, non escluse quelle che avvengono all' incanto al maggiore e migliore offerente, in seguito della pubblicazione del quaderno di oneri (5).

Ma il disposto del nostro articolo è egli applicabile alle vendite coatte? Voët decide, che l' aggiudicatario non ha azione di garanzia (6), e lo insegna anche Pothier (procedura civile). « Questa vendita, esso « dice, ha in sè meno delle vendite « contrattuali questo cioè, che non « dà all' aggiudicatario azione per la « garanzia, qualora gli venga evitto « il fondo a lui aggiudicato... Benchè « l' aggiudicatario non abbia in tal

(1) Pothier, *Vente*, n. 83, e 103.

(2) L. 2 e 19, Dig. *De evict.* L. 6 e 25, C. *Eod. tit.*

(3) V. Dig. *De evict.* Quest' uso erasi perduto presso le moderne nazioni.

(4) Loyseau, *Garant. des rentes*, c. 1, n. 12, 13, 14.

(5) Decisione di Parigi del 17 pratile anno XII. Dalloz, v° *Vente*, nota 1.

(6) Ad Pand. *De evict.*, n. 5.

« caso azione per la garanzia, è non« dimeno equo che gli spetti almeno « l'azione per la ripetizione del prez« zo sborsato, nella di lui integrità, « se ha sofferto totale evizione, ov« vero a proporzione dell' evizione « sofferta. Nel dritto Romano, quando « il creditore aveva venduto il pegno « *jure pignoris*, l' acquirente evitto « non aveva azione per ripetere il « prezzo contro il creditore *qui suum* « *receperat* (1), ma contro il debito« re il quale era stato liberato me« diante il prezzo ricevuto dal suo « creditore. Nella nostra giurispru« denza si concede la ripetizione con« tro i creditori che sono stati gra« duati sul prezzo; e se l' evizione è « stata parziale, parziale è pure la « restituzione del prezzo, la quale fà « carico soltanto agli ultimi graduati. »

A credere Pigeau (2), non sarebbe così, e l' aggiudicatario avrebbe contro il pignorato, e contro i creditori un' azione alla garanzia. Ma tale opinione non è ponderata. Nè il pignorato, nè i creditori sono i venditori. L' uno si trova, suo malgrado, spogliato della proprietà, gli altri non fanno che impetrare dalla giustizia l' esecuzione del loro contratto (3). La verità è, che chi vende è la giustizia. Come dunque ammettere, che gli art. 1626 e seguenti possano regolare una vendita tanto diversa da tutte le altre? Come ammettere che il compratore possa chiedere refezione di danni ed interessi a chi nulla gli ha promesso? Non è chiaro che l' azione denominata *condictio indebiti* deve intieramente a lui bastare (4)? E vedremo in progresso che quest' azione, in quanto fosse per esercitarsi contro i creditori che hanno ricevuto il loro avere, è suscettibile di serie obiezioni (n.498).

Sebbene l'evizione sia legalmente dovuta nel contratto di vendita, pure siccome non appartiene alla di lui essenza, ma soltanto alla sua natura, le parti possono modificarla, ed il venditore può anco venirne esonerato, come si vedrà negli articoli seguenti.

Vi sono nondimeno alcuni casi nei quali non è dovuta ancorchè fosse positivamente convenuta. Può citarsi quello di un marito, che abbia venduto il fondo dotale ad un individuo, il quale sapeva il vizio della cosa. L' articolo 1560 gli conferisce il dritto di far rescindere l' alienazione, e dal paragrafo finale del medesimo articolo apparisce, che non è neppure tenuto ai danni ed interessi.

Lo stesso dicasi dei patti di garanzia stipulati negl'istrumenti, medianti i quali il re obbligava i beni demaniali. Queste clausole erano prive di efficacia; s'impiegavano per simulare la natura del contratto, per dargli la sembianza di vendita, mentre in sostanza celava un anticresi. Tali patti debbono considerarsi come non scritti: lo decise la corte di Nancy con giudicato del 28 Marzo 1833 nella causa del prefetto de' Vosgi contro il Conte d' Hoffelize.

433. Le molestie, e l' evizione sofferte dal compratore producono un azione, che è una diramazione dell' azione personale *ex empto*. Ha nome di azione di garanzia. Tende a costringere il venditore a far cessare le molestie o l' evizione, ed a procacciare al compratore la proprietà

(1) Voet cita tutte queste leggi, *loc. cit.*

(2) Pigeau, sopra l' art. 1626. *Junge* Duranton, t. 16 n. 265.

(3) Bruxelles, 12 Dec. 1807.

(4) *Infra*, n. 522.

libera, ed il pacifico possesso della cosa. Lo costringe ad abbracciare la causa del compratore, ed assumere la sua difesa (1).

434. Tale obbligazione è indivisibile (2). Ne accenneremo i motivi al n. 438, allorchè prenderemo in esame una decisione della corte di cassazione, la quale sembra che abbia voluto sovvertire questo principio.

Da ciò consegue, che se parecchi hanno venduto una medesima cosa per un prezzo unico, tutti sono totalmente obbligati ad abbracciare la difesa del compratore: *singulis quidem* IN SOLIDUM, dice Voët (*loc. cit.*) *defendendi necessitas incumbit.* E se, fra i creditori, non ve n'è che uno che accetti la lite, la decisione favorevole o contraria da lui riportata intorno all'evizione, investe tutti quei di lui consorti, ai quali la molestia è stata notificata (3).

Lo stesso avviene quando il venditore ha lasciato varj eredi. Il compratore può chiedere ad ognuno il tutto, e perseguitare un solo per tutti gli altri (4); del resto, dovremo ritornare sopra questo punto al n. 438.

435. È da notarsi bensì, che se i creditori, o gli eredi del venditore sono vinti nei loro sforzi solidali, e se contro loro è stata pronunziata una condanna di danni ed interessi, l'obbligo di sodisfarli è divisibile, e si riparte in tante quote quanti sono i venditori o gli eredi (5). E valga il vero, due sono gli obblighi compresi nell'obbligazione della garanzia, obblighi che sono l'uno all'altro subordinati, ma fra loro ben distinti. Il primo è un obbligo di *fare*, che abbiamo detto essere indivisibile; il secondo è un obbligo di *dare*, che si verifica quando l'altro non è adempito. « *Obligatio qua quis tenetur* « *de evictione*, dice Molin. (6), *habet* « *duo capitula : primum* FACIENDI, « *secundum* DANDI. » E siccome la cosa a darsi è una somma di denaro, è chiara la sua divisibilità. Ritornerò sopra tutto questo al n. 438.

Se i venditori non hanno venduto in comune (7), ma hanno inteso di vendere ciascuno separatamente la sua porzione, e se un prezzo distinto è stato fissato per ognuno, vi saranno altrettante vendite che porzioni indivise, ed ogni venditore non sarà tenuto alla garanzia, che per la sua quota e porzione.

436. Vediamo quando v'è luogo ad intentare l'azione della garanzia.

In dritto Romano, il compratore molestato nel suo possesso, doveva limitarsi a notificare al suo venditore l'ingiuria fatta al suo dritto, onde prendesse la sua difesa, se lo giudicava opportuno. Ma egli non poteva intentare l'azione della garanzia contro il suo venditore, che dopo la condanna del compratore. La instanrava avanti il giudice del domicilio del venditore (8).

La procedura francese è più celere, e più semplice. Il compratore no-

(1) Pothier, *Vente*, n. 104.

(2) Molin. *De divid. et individ.*, p. 2., n. 407 e seg. Voet, ad Pand., *De evict.*, n. 15. Pothier, *Vente*, n. 105. Decisione della corte di Brusselles del 5 Gennajo 1815 (Dalloz, v° *Vente*).

(3) L. 61, § 1, D. *De evictionibus.* L. 4, Dig. *Si ex noxali causa agat.* L. 85, § Dig. *De verb. oblig.* *Infra*, n. 440.

(4) Molin., *loc. cit.*, n. 455.

(5) L. 85, § 5, Dig. *De verb. oblig.* L. 62, § 1, Dig. *De evict.* Autori citati. Duranton, t. 16, n. 270.

(6) *Loc. cit.*, n. 41, parte 1ma.

(7) *Communiter*, dice Voet, *loc. cit.*

(8) Pothier, n. 108. Despeisses, p. 33, § 24

tifica le molestie al venditore, e lo intima alla rilevazione. Inoltre, con azione connessa all'azione principale, può promuovere la sua dimanda di garanzia avanti il giudice cui si è portata la dimanda originaria, sebbene non sia il giudice del domicilio del venditore (codice di procedura civile); e se le due dimande, originaria e di garanzia sono fondate, il giudice vi fà dritto contemporaneamente (1).

Nondimeno, il compratore non è in obbligo di avanzare la sua dimanda di garanzia prima che la dimanda originaria abbia esaurito il suo corso (art. 178 codice di procedura). Può intentare la sua azione dopo la sentenza che ordina il rilascio, purchè non sia prescritta.

Ma in tal caso l' azione di garanzia essendo un'azione principale, deve intentarsi avanti il giudice del domicilio del venditore.

Potbier (n. 110) ha egregiamente rilevato i pericoli di questa tardiva procedura.

Primieramente il compratore non ha regresso per tutte le spese fatte nel tempo che scorre fra le molestie e la sua dimanda di garanzia. Non è che dall' epoca in cui il venditore è chiamato a causa che può prendere il posto del compratore, e sostenere la lite a sue spese.

In secondo luogo, citando il garante dopo la sentenza, assume l'obbligo di giustificarla, mentre che se avesse prima citato il venditore, la condanna avrebbe direttamente gravitato sopra quest' ultimo.

437. L'azione della garanzia s'intenta contro il venditore, o i suoi eredi, o aventi causa (2).

Gli autori che hanno scritto prendendo specialmente a loro scorta il dritto Romano, hanno insegnato, che qualora vi sieno più acquirenti successivi, e la cosa sia rivendicata contro l' ultimo possessore, questo non deve saltare tutti i compratori intermedj per giungere con un solo passo fino al venditore originario, perocchè nulla fra loro vi sia di comune: *cum nullum inter hos intercesserit negotium*, dice Voët (3). Ma deve intimare a garantirlo il suo venditore immediato, e questo a vicenda intimerà il venditore da cui ebbe la cosa, e così di seguito finchè si giunga al venditore originario (4). Lo decide invero espressamente la legge 59, Dig. *De evict.*, ed alcune corti hanno opinato, che tal punto di dritto dovesse ancora prevalere sotto il codice civile (5).

Ma grave è il loro errore, e si dee applaudire alla corte di Bordeaux che prima lo ha combattuto (6).

Nel dritto Romano, le azioni non potevano passare da una persona all' altra senza cessione (7); tuttociò che poteva fare il creditore era di agire contro il suo debitore per costringerlo a cedergli le sue azioni. *Neque enim*, dice Olea, *ex eo quod creditor debitorem habeat obligatum, ejus actiones exercere licere ei debet, sed tantum in id agere, ut sibi cedantur* (8). Così pure insegnava il presidente Fabro. « *Non enim eo*

(1) Art. 181, 182, 184 codice di proc.

(2) Pothier, n. 111.

(3) Ad Pand., *De evict.*, n. 21.

(4) Voet, *loc. cit.* Despeisses, p. 34, § 39.

(5) Bruxelles, 6 Gennajo 1808, 22 Marzo 1825.

(6) Decis. del 5 Aprile 1826. Altra della stessa corte 4 Febbrajo 1831. *Junge* Duranton, t. 16, n. 274. Egli però non cita quei rimarchevoli giudicati.

(7) L. penult., C. *De novat.*

(8) *De cessione jurium*, t. 4, quæst. 3, n. 5.

« *quod debitorem habeant obligatum* « *cum ipsius bonis omnibus et juri-* « *bus, videri possint habere jus ex-* « *ercendi actiones, sed tantum jus* « *petendi ut sibi cedantur* (1). E altrove. « *Adversus debitorem debitoris* « *mei cum quo non contraxi, nul-* « *lam mihi actionem posse compete-* « *re* (2).

Ecco perchè la legge 59 Dig. *De evict.*, dice che il possessore convenuto nel giudizio di abbandono non può oltrepassare il venditore intermedio, fuorchè se questo gli ha ceduto le sue azioni. *Nisi cessæ ei fuerint actiones.*

Ma noi sappiamo che la bisogna è diversa sotto l' impero delle nuove leggi (3). L' articolo 1166 prescrive che il creditore possa esercitare tutti i dritti ed azioni del suo debitore, eccetto quelli che sono esclusivamente annessi alla sua persona.

Quest' articolo del codice civile scioglie la quistione nel senso adottato dalla corte di Bordeaux. Perocchè niuno pretenderà, che il dritto di chiedere la garanzia, sebbene generi un' azione personale, sia esclusivamente annesso alla persona.

Finalmente ogni venditore s' intende che abbia trasferito la cosa al di lei acquirente, *cum omni sua causa*, cioè, con tutti i dritti che per ragione di lei potevano competergli; l' ultimo compratore è dunque necessariamente e tacitamente surrogato in tutte le ragioni di garanzia di quelli che hanno prima di lui posseduto la cosa, e di cui in sè concentra tutti i dritti (4).

Per sostenere la necessità d' un regresso graduale, s' insiste dicendo esser possibile che l' evizione derivi dal fatto dell' ultimo venditore; ovvero, che la stipulazione della non-garanzia può trovarsi nel contratto dei venditori intermedj che si saltano. Ma cosa importa? Il compratore evitto sarà tenuto a giustificare il dritto di quegli che esso rappresenta; ciò non è dubbio. Ma, provato tal dritto, cosa rimane dell' obbligazione?

438. Quando il venditore ha lasciato varj eredi, il compratore può intentare la sua azione contro tutti, o contro un solo. È decisione di Molinèo (5) e di Pothier, Vendita (n. 111) che deriva dal principio d' indivisibilità sopra stabilita, n. 434.

La corte di cassazione ha però fermato in una decisione dell' 11 Agosto 1830, che l' AZIONE di garanzia contro varj eredi è divisibile a tenore degli art. 870 e 873 del codice civile, e che sotto questo rapporto differisce assai dall' ECCEZIONE di garanzta opposta ad uno degli eredi del venditore, che pretendesse in virtù d' un altro titolo evincere l' acquirente; che l' eccezione sola è indivisibile, ma che l' azione diretta e principale non la è.

Tal giudicato è un paradosso privo di qualunque legale fondamento, e la critica deve energicamente riprovarlo.

La corte di cassazione intende di ammettere, o di negare l' indivisibilità dell' obbligo della garanzia?

(1) *De errorib. pragmatic.*, decad. 1 error. 8.

(2) *Rationalia*, ad legem *Si convenerit*. Dig. *De pignerat. act.*

(3) Neppure sotto l' antica giurisprudenza si osservava il rigore delle leggi Romane. Daguesseau, dif. 6, t. 2, p. 12. Merlin, Répert., v° *Créancier*.

(4) Così pensano anco Domat, lib. I, Sez. 2, e Pothier, *Vente*, n. 149.

(5) *De divid.*, n. 455, e seg.

Se l' ammette, qual forza hanno gli art. 870 e 873 del codice civile da lei citati, contro gli art. 1223 e 1225? Se la nega, se vuole adottare delle opinioni, che Molinèo aveva con la sua irresistibile dialettica abbattute, agevole sarà riprodurre alcuni de'suoi principali argomenti, e far rientrare quelle opinioni, o per meglio dire, quelli errori (1), nell' obblio da cui non avrebbero mai dovuto sortire (2).

In primo luogo, non dee confondersi l' obbligo di difendere con quello di rendere indenne il compratore. (*Supra*, 435.) Il primo è principale, o come dice Molinèo, *principalis*, *imo principalior*, *quia*, *ut est primum caput evictionis*, *ita est primaria obligatio qua tenetur venditor emptori* (n. 493); l' altro è secondario, ed accessorio: *obligatio vero ad interesse et restitutionem pretii*, *cum non succedat nisi in prioris defectum*, *secundaria est*, *et potius videtur accessoria.*

Dico che non si debbono fra loro confondere, perocchè il primo può sortire il suo effetto, ed allora il secondo si dilegua; solo quando l' obbligo della difesa è impotente subentra quello dell' indennità. *Primo capite sufficiente*, *evanescit secundum*; *primo deficiente*, *tum succedit secundum*; n. 460. Così comecchè tendenti al medesimo scopo, questi due obblighi sono profondamente distinti, e ciascuno di essi deve conservare il suo carattere speciale, e la sua natura diversa.

La corte di cassazione non ha detto per qual motivo l' azione principale e diretta della garanzia è da essa considerata come divisibile. Ma io dubito forse che gli attribuisca questo carattere per non aver considerato che i danni ed interessi ai quali fà capo, allorquando la lite della difesa ha un esito sinistro. Se ciò fosse, evidente apparirebbe la falsità di questo punto di vista. Sarebbe uno di quegli errori, che dopo Molinèo non è più concesso di riprodurre.

Prima di tutto, invero, cosa chiede il compratore? Chiede che la cosa da lui comprata gli rimanga; per questo contende, per questo invoca

(1) Secondo i suoi modi rigidi ed imperiosi, Molinèo prodiga ad essi i più acerbi epiteti; a modo di esempio, *Sed haec est stupida opinio* (n. 415); ovvero, *Nova phantasia* (n. 462), o ancora, *Nova et insolens* (n. 416), *divinatoria et falsa* (n. 418), *contortio violenta* (n. 442), *inepta opinio* (n. 410), etc.

(2) Comecchè questa materia sia stata trattata da Pothier con assai chiarezza, pure chi vorrà studiarla a fondo non potrà esimersi dal ricorrere all' opera di Molinèo, di cui Pothier non ha dato che il sunto. È vero che occorre esser dotati di un gran coraggio per leggere Molinèo, che ha scritto in un latino barbaro, e il di cui stile oscuro, rozzo, e pesante ha fatto dire a Cujacio (Osserv. lib. 23, c. 32): Hunc errorem notavit Carolus Molinæus, libro de usuris, « *salebrosa licet et incondita oratione nimis.* » È perciò che il presidente Fabro scorgendo questi difetti, e le esagerazioni talvolta ardite di Molinèo, ha parlato con disprezzo di questo giureconsulto, in modo tale da chiamarlo uomo da nulla al confronto di Cujacio. « *Id recte* ante nos observatum *est*, non tantum a Cujacio, sed etiam a Carolo Molinæo, *qui* « *si cum Cujacio*, *in jurisprudentia*, *conferatur*, *meo* « *judicio*, NULLUS HOMO EST. » (*De errorib. pragmat.*, decad. 8, error. 7, n. 7.) Nondimeno questo giudizio è estremamente severo. Molinèo senza dubbio è molto inferiore a Cujacio per l'eleganza dello stile, per la chiarezza ed elevatezza dei concetti, per la cognizione delle cose antiche, e per l' intelligenza dell' istoria. Molinèo non aveva nè letteratura, nè atticismo; e quanto alla storia, le sue opere sopra i feudi fà testimonio della sua profonda ignoranza, che del resto fù assai bene dimostrata da Mably; mentre all'opposto Cujacio era di spirito colto ed elegante, aveva succhiato il fiore della letteratura, ed era versatissimo nella storia Romana, la quale gli ha suggerito importantissime scoperte di diritto. Credo però, che Molinèo fosse capace ad afferrare un' idea con maggiore vigore di Cujacio, ed a generalizzarla con vedute più vaste.

il soccorso de' suoi difensori naturali. I danni ed interessi sono l'oggetto d' una dimanda subalterna. E sopra ciò ognuno conviene, che l'obbligo di sodisfarli si divide fra gli eredi in ragione delle loro porzioni.

Ma può dirsi altrettanto dell'obbligo di difendere, che precede l'obbligazione d'indennizzare, e che può renderla inutile? Niuno lo sosterrà. Come l' obbligo di difendere potrebbe dividersi? Chi asserirebbe che l' erede, il quale è tenuto a prendere le parti dell' acquirente, adempirebbe a questo dovere difendendolo solo per una porzione virile della lite? È egli possibile di sostenere un terzo, un quarto della causa, produrre una terza, una quarta parte dei documenti, far valere una terza, una quarta parte di ogni prova? Nò, ed è da tenersi sempre presente questo passo di Molinèo: *Unus solus hæredum tenetur defendere in solidum, id est,* TOTAM CAUSAM (n. 498); o anco questo: *Quia respicit unicam et integram totius controversiæ defensionem, quasi certam quamdam formam* (n. 496). L' obbligo dell' assunzione della difesa è indivisibile non solo perchè sarebbe contrario alla buona fede di difendere soltanto in parte quegli che si dice garantire, ma bensì per una ragione più decisiva, e più stringente: perchè cioè una causa che si abbraccia non si divide, nè vi è un mezzo termine fra l' abbandonarla, e il seguirla fino all' esito(1), in quella guisa istessa, che non esiste via di mezzo, allorchè si è preso l' impegno di dare una statua, fra il darla intiera, e con tutte le sue parti, e il non darla affatto (2).

Diciamo dunque, che il compratore potrà costringere uno degli eredi del venditore a prendere le sue parti, e impiegare dei mezzi tali di difesa da far cessare le molestie (3).

439. Ma quell' erede potrà a vicenda chiamare a causa i suoi coeredi, e a tale effetto otterrà dalla equità del giudice un termine sufficiente. « *Fateor tamen*, dice Molinèo (n. 462), *quod unus in solidum conventus non solum potest consortes vocare in idem judicium, sed etiam dilationem obtinere.* Lo che coincide con l' art. 1225 del codice civile.

440. Ma supponiamo, che l' erede convenuto in garanzia non citi i suoi consorti, ed assuma a carico suo la difesa del compratore.

Se riesce a respingere le pretese dell' autore delle molestie, la sua vittoria giova insieme, al compratore, a lui stesso, ed a' suoi consorti... *Si enim vincit, quia absolvitur, prodest denuntianti et ex consequenti necessario suis consortibus qui remanent in tuto.* Sono parole di Molinèo (n. 471).

Ma cosa avverrà se soccombe nella lotta? Sarà condannato, a forma dell' art. 1630, a indennizzare il compratore, ma solo per la sua quota. Perocchè, come abbiamo veduto, tale obbligazione è affatto divisibile. Ciò è incontroverso. (4).

Maggior difficoltà presenta la qui-

(1) Lo dice energicamente Cujacio: « Defensionis « causa individue est. *Defensio pro parte ridicula est;* « aut nihil agit qui defendit, aut defendit in soli- « dum. » (Sulla legge 85, D. *De verb. oblig.*, lib. 75. Pauli, *ad edict.*) V. *infra*, n. 457.

(2) L. 80, § 1, Dig. *Ad leg. falcid.*

(3) È opinione anche di Duranton, t. 16, n. 277, e t. 9, n. 264.

(4) Molinèo, n. 472. Pothier, n. 111.

stione, se la decisione intervenuta pregiudichi agli altri eredi che non furono chiamati a causa. Ma Molinèo insegna che questa decisione non potrà loro opporsi, poichè furono lasciati nell' ignoranza della lite, ed in una inazione, di cui non debbono soffrire la pena; *si vero vincatur, sibi tantum vincitur et non aliis qui non fuerunt vocati, et sunt in integro statu defendendi* (*loc. cit.*, n. 485). Tal principio è seguito da Pothier (1), il quale dice, che il compratore sarà tenuto a ricorrere per il di più contro gli altri eredi del venditore, ed a stabilire contro di essi, che si faceva luogo alla garanzia, e che è stato giustamente condannato al rilascio. Perocchè la sentenza essendo stata proferita contro un solo erede del venditore, non stabilisce il suo ben giudicato contro gli altri che non erano a causa.

Questi sono i veri principj.

Si opporrebbe in vano, che la sentenza ha avuto per subietto una materia indivisibile, almeno rapporto all' obbligo di difendere. Replico, che quest' obbligo è indivisibile in questo senso solamente, che ciascun erede è tenuto a prendere totalmente la difesa del compratore. Ma se l' erede che è stato posto in causa, si è trovato impotente a far cessare le molestie, non ne deriva però, che la stessa impossibilità abbia dovuto esistere per gli altri eredi, i quali forse avevano titoli e mezzi tali da repellere l' azione di abbandono, se venivano messi in grado di produrli.

441. D' onde deriva, che un compratore il quale teme di essere evitto, agirà con prudenza (glie lo consiglia Molinèo, n. 473), se chiamerà a causa tutti gli eredi. Tutto il suo aggravio consisterà sull' anticipare le spese, che recupererà da essi, se l' azione sua è fondata (2).

Per lo stesso motivo di previdenza, l' erede che il compratore avesse solo convenuto, dovrà riunirsi tutti i suoi consorti, onde non sopportare solo le spese del giudizio. Perocchè le pagherebbe per intiero, se contestasse la lite senza intimarli a prender parte al giudizio (3).

442. Se il venditore ha dei mallevadori, il compratore non ha interesse a dirigere contro loro la sua azione di garanzia. Il venditore si suppone istruito meglio dei suoi mallevadori dei mezzi di difesa che si possono adoprare per conservare il possesso al compratore. Inoltre, l' obbligo del mallevadore dipendendo tutto da quello principale del venditore, basta al compratore che la sentenza condanni il suo abbligato principale perchè la condanna reagisca di necessità contro i mallevadori (4).

Nullameno, siccome il fidejussore può negare la sua mallevadoria con eccezioni personali, sarà prudenza il chiamarlo a causa per far emanare la sentenza condennatoria anche contro di lui. In tal guisa, la realizzazione dei danni ed interessi non sarà dilazionata per effetto delle eccezioni sumentovate.

443. Allorchè le parti si trovano fra loro presenti, il venditore, o i suoi eredi, i quali hanno dei mezzi di difesa da opporre contro la di-

(1) N. 111. *Junge* Duranton, t. 16, n. 277.
(2) Molinèo, *loc. cit.*, e Pothier, n. 111.
(3) Idem. *Junge* Duranton, t. 16, n. 277.
(4) L. 7, C. *De evict.* Brunemanno sopra questa leg. Pothier, *Vente*, n. 112. *Junge* Duranton, t. 16, n. 279.

manda principale, debbono abbracciare la causa del compratore. È loro dovere, ed è lo scopo cui tende il compratore.

Ma comecchè tale obbligo sia preciso, non è però assoluto in questo, che il venditore non dee adempirlo se non ha dei giusti mezzi di difesa; ma se i titoli gli mancano, se conosce che l' attore pel rilascio è fondato in dritto, deve rendere omaggio al vero, e non insistere sopra una cattiva difesa (1). La sua obbligazione si converte allora in quella consacrata dall' art. 1630, ed il venditore in buona fede preverrà una condanna con l' offerta di rendere indenne l' acquirente a tenore di quell' art. Se gl' intimati alla garanzia sono eredi del venditore, la loro offerta si limiterà alla respettiva quota.

Contuttociò, se il compratore vuole continuare la lite contro chi lo molesta, può farlo, ma a suo risico, e pericolo. La sua opposizione sarà a sue spese, e non potrà recuperare contro il garante, oltre la di lui offerta, solo che le spese dell' intimazione, e quelle della dimanda originaria (Pothier, n. 117).

444. Quando il garante prende le parti del compratore, questo può farsi mettere fuori di causa, se lo dimanda prima della sentenza (2). La causa si continua allora fra il venditore ed il terzo il quale rivendica l' oggetto venduto.

Nientemeno, il compratore, sebbene posto fuori di causa, potrà assistervi per la conservazione de' suoi dritti, e l' attore originario potrà anche chiedere che vi rimanga per la conservazione de' suoi.

La sentenza proferita contro il garante è esecutoria contro il garantito. Basta notificargliela, senza bisogno d' altra procedura. Riguardo alle spese, sì la liquidazione, che la esazione si fanno contro il garante.

Tuttavia, in caso d' insolventezza del garante, il garantito è passibile delle spese, a menochè sia stato posto fuori di causa (3).

445. Fin qui abbiamo considerato l' obbligo di garantire come producente un' azione, o principale, o accessoria, alla dimanda originaria di rivendicazione.

Ora dobbiamo considerarlo come generante una eccezione in favore del compratore. *Cui damus actiones, eidem et exceptiones competere multo magis quis dixerit.* L. 156, § 1, Dig. *De reg. juris.*

446. Tale eccezione compete in più casi; a modo d' esempio, allorchè il compratore viene molestato da quegli, il quale avendo in proprio dei dritti di proprietà da esercitare sopra l' oggetto venduto, è erede del venditore, e quindi onerato dell' obbligo di garantire. *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*, (*supra*, n. 420). Questa massima, che noi ordinariamente traduciamo in questa, *chi è tenuto alla garanzia non può evincere*, è tratta dalle leggi 14 cod. *De reb. alienis non alienand.*; 17 e 33, D. *De evict.*; 11, 12 e 24, C. *eod. tit.*

L' eccezione di cui parliamo può opporsi ancorchè si trattasse d' un minore, i di cui possessi fossero stati venduti dal tutore come di sua per-

(1) Molinèo, n. 495. Pothier, *Vente*, n. 116.

(2) Art. 182 codice di proc. Ord. del 1667, t. 8, art. 9. Jousse sopra quest' ordinanza. Pothier, n. 114, Merlin, Répert., v° *Garantie.*

(3) Art. 182 e 185 del codice di proc.

tinenza. Il minore addivenuto erede del suo tutore, sarebbe rigettato dalla sua azione vendicatoria, in forza della massima sapracitata (1).

Quid, se il tutore avesse venduto la cosa, non come in di lei proprietario, ma nella sna qualità, senza però osservare le formalità legali? Il minore divenuto erede del tutore potrebbe agire per fare rescindere la vendita? ovvero dovrebbe repellersi con l' eccezione *quem de evictione*, etc.?

Son di parere, che sarebbe ricevibile. Il tutore non è personalmente garante della vendita fatta nella sua qualità di tutore. Potrebbe eziandio nella sua qualità di tutore farla revocare (2). D' altronde, l' evizione qui non procede che da un difetto di forma, il quale è un fatto sì del tutore che del compratore, conscio com' egli era, che l' immobile spettava ad un minore (3). Il tutore dunque non si è reso responsabile al dirimpetto del compratore, perciò il minore conserva tutti i suoi dritti per rientrare ne' suoi beni indebitamente alienati. Quest' opinione è quella del presidente Fabro (4).

447. La nostra eccezione può opporsi non solo all' erede del venditore, ma anco al suo legatario universale, o al suo legatario a titolo universale; perocchè sì l' uno che l' altro sono *personalmente* obbligati per i debiti del venditore che gli ha istituiti (art. 1009, 1012).

Ma non si può opporre all' erede beneficiato, perchè tale erede non è obbligato ne' proprj beni; non confonde i suoi debiti con quelli della successione, ed i suoi dritti attivi e passivi rimangono distinti. Quanto può fare il compratore è di ottenere contro lui, nella sua qualità d' erede beneficiato, una condanna ai danni ed interessi, che si eseguirà sopra i beni della successione (5).

448. È quistione, se il donatario universale può repellersi con la massima *quem de evictione*, etc.

Dipende da un punto assai controverso, che consiste sul determinare, se il donatario sia personalmente obbligato pei debiti del donante (6). Sebbene sia stato trattato dai nostri moderni scrittori, credo però che resti tuttora qualche luce da spargere sopra le difficoltà che vi si trovano, ed approfitterò di questa occasione per discuterlo nel modo il più possibilmente completo.

449. In dritto Romano, qualunque donazione, ancorchè universale, costituiva un titolo meramente singolare (7). Ne derivava, che per le regole di dritto, il donatario universale non era mai tenuto pei debiti. Perciò i creditori del donante anteriori alla donazione non avevano azione personale contro il donatario, che diversamente sarebbe stato considerato come erede, ed il rigore delle forme, alle quali i Romani si assoggettavano, non concedeva una si-

(1) Pothier, n. 168 e 169.

(2) Voet, *De rei vindicat.*, n. 19. L. 16, C. *De prædiis minor sine decreto.*

(3) Ciò non contradice una decisione di cassazione del 19 fiorile anno XII, riferita da Merlin, Répert., v° *Garantie*, e Dalloz, v° *Vente*. Nella specie di questa decisione risultava in fatto, che si era voluto garantire il fatto del minore il di cui possesso erasi venduto senza formalità. Quindi la corte di cassazione dichiara che questa è una *evizione speciale*.

(4) Cod., lib. 8, t. 31, def. 2.

(5) Pothier, *Vente*, n. 176.

(6) V. il mio Comento sopra le Ipoteche n. 812. Risolvo, che il donatario può fare il rilascio del fondo.

(7) Fabro, C., lib. 8, t. 36, n. 4.

mile confusione di qualità fra loro estranee. I creditori dunque non avevano azione diretta che contro il donante, o i suoi eredi. Eransi però veduti esistere dei casi, nei quali tal regresso era illusorio, quello a modo d'esempio, in cui il donante spogliandosi della maggior parte dei suoi beni, lasciasse un'eredità insolvente. Doveva tollerarsi che il donatario rimanesse pacifico possessore dei beni donati, mentre che il disgraziato creditore sarebbesi trovato privo dell'utilità della propria azione? Per rimediare a questo grave inconveniente, si era immaginata l'azione paulliana, o revocatoria, la quale permetteva al creditore di far revocare la donazione fatta in frode de' suoi dritti (1). Il creditore che voleva esercitarla doveva primieramente escutere i beni del donante, o dei suoi eredi, e dopo fatta tale escussione, e provata l'insolventezza del donante, allora si agiva contro il donatario, non con azione personale, ma con la dimanda dell'immissione in possesso *ex edicto*, come se i beni fossero tuttavia in mano al donante debitore. Potevasi eziandtо promuovere l'azione personale contro il donante, o i suoi eredi per far dichiarare, che la donazione non aveva avuto effetto, che dopo dedotti i debiti. Ma in verun caso non concedevasi di pulsare personalmente, e direttamente il donatario; perocchè il donatario anche universale era un successore a titolo mero singolare, e l'azione personale non investiva che il successore universale, che rappresentava la persona del defunto. Tutto questo ne viene insegnato con molta chiarezza e sulla scorta delle leggi dal presidente Fabro (2).

Voët, esponendo i medesimi principj, aggiunge delle distinzioni, che gli rendono viepiù facili a percepirsi (3). « Se il donante è già estinto, dice « quest'autore, di cui traduco le « parole, e se ha lasciato un erede, il quale ha adito l'eredità « senza inventario, occorre dire, che « quest'erede si è personalmente obbligato a tutti i debiti del defunto, a forma dei principj generali « intorno all'adizione pura, e semplice; e quindi il donatario non può « essere tenuto ai debiti, ancorchè « gratificato della maggior parte dei « beni. L. *Æris alieni*, 15, C. *De donat.*

« Se il donante vive, ovvero se, « essendo defunto, i suoi eredi testamentarj, o *ab intestato*, repudiarono la sua successione, il donatario può essere molestato per « il pagamento dei debiti fino a concorrenza delle forze della donazione, perciocchè le leggi dispongono « che il donante il quale dona oltre le forze del suo patrimonio « *(supra vires patrimonii)* possa prima di tutto dedurre i debiti (4).

« La *stessa decisione* deve darsi « se il donante non ha che eredi beneficiati: questi non sono obbligati verso i creditori del defunto « oltre le forze dell'eredità; ma siccome sarebbe del pari ingiusto, « che i creditori medesimi restassero lesi da donazioni posteriori ai

(1) V. il titolo dei Dig. *Quæ in fraudem creditor facta sunt.*

(2) C., lib. 8, t. 36, def. 5.

(3) Ad Pand., lib. 39, t. 5, n. 20, *De donat.*

(4) Qui ex donatione se obligavit ex rescripto. D. Pii in quantum facere potest convenitur. Sed enim id quod creditoribus debetur erit detrahendum. L. 12, D. *De donat.* (Pand. di Pothier, t. 3, p. 39, n. 46.

« loro crediti, è sembrato giusto di « accordar loro *l'azione paulliana* per « fare revocare la donazione anche « contro il donatario di buona fede. « Perocchè i creditori *certant de damno vitando*; i donatarj all'opposto, « *certant de lucro captando*; quindi « migliore è la condizione dei primi.

« Bensì i donatarj non possono « mai esser tenuti *ultra vires*; per- « chè non sono nè eredi, nè suc- « cessori universali; e sono obbli- « gati unicamente perchè non è giu- « sto che divengano più ricchi a « danno altrui. » In tal guisa parla Voët (1).

Laonde può concludersi, che se il donatario non era personalmente obbligato pei debiti, poteva indirettamente sopportarne il peso per tre motivi. Il primo è, che un individuo non si presume che doni fuorchè i suoi beni, e che *bona non dicuntur nisi deducto ære alieno*; il secondo, che un donante non è obbligato che *in quantum facere potest*; che perciò può ritenere il valore dei debiti da estinguere, come dispone la L. 12, D. *De donat.*; il terzo che il creditore non può esser vittima della liberalità del suo debitore, e che può far rescindere la donazione, come fatta in frode de' suoi dritti. In niun caso il donatario era tenuto personalmente, e con azione diretta. Anco quando mediante una clausola formale, il donante obbligava il donatario al pagamento dei suoi debiti, i creditori non potevano muovere azione direttamente contro quest'ultimo; dovevano ottenere dal donante una cessione d'azioni, tanta era la scrupolosità con cui i Romani osservavano le formalità delle azioni (2). Ma Voët insegna, sulle traccie di Grænewegen ed altri, che in quest' ultimo caso un tal giro d' azioni non si pratica negli usi moderni (3).

450. Il modo descritto, con cui erano tenuti tutti i donatarj per dritto Romano, debbe oggi seguirsi? in altri termini, i creditori del donante possono agire direttamente contro il donatario?

Posciachè si è cessato di attenersi alle rigorose solennità delle azioni, varj giureconsulti hanno opinato, che in certi casi il donatario poteva essere utilmente convenuto.

Il Cardinale De Luca (4) distingue fra le donazioni universali, e le donazioni singolari. Per queste, concede ai creditori il dritto di attaccarle con l' azione paulliana, qualora ledano i loro dritti. Ma questo è un semplice rimedio sussidiario, cui non si può ricorrere che quando mediante l'escussione del debitore si è riconosciuta la di lui insolventezza. Rapporto ai donatarj universali, insegna, che ad oggetto di evitare dei giri inutili, si pos-

(1) I principj riferiti sono di Cujacio, Récit. solenn., t. *De usu et usuf. per leg.*, l. 36: Deductio « æris alieni etiam in donationibus inter vivos locum « habet, sive *res*, sive *bona* donaverit. . . . Quia igitur « sive bona, sive res, sive bonorum, sive rerum pars « donata sit, *ante omnia* deducitur æs alienum: ære « res ex alieno solutæ præstantur donatario: conse- « quens est, cum non respondere creditoribus donato- « ris, quinimo, *etsi eo lege donatio facta sit nominatim, ut donatarius subiret onus æris alieni.* » Finalmente la glossa professa la stessa dottrina. « Æs « alienum non sequitur fundum donatum, sed succes- « sorem universalem. Sed quid si omnia sua bona « donavit? Dic posse agi revocatorie; vel contra « ipsam donantem agi, quasi non teneat donatio, nisi « omni ære alieno deducto ». Sopra la legge *Æris alieni*, C. *De donat.* E' assolutamente la stessa dottrina del Fabro.

(2) Cujacio, Réc. sol., tit. *De usuf. per leg.* L. 37, *in fine*.

(3) *Loc. cit.*, n. 20.

(4) Sopra le Donazioni, lib. 7, discus. 45, n. 12, 13, 14, etc.

sano investire direttamente, e personalmente, perchè è cosa oziosa l'escussione del patrimonio del donatario, il quale si è spogliato della universalità dei suoi beni. Aggiunge, che questo sistema di procedura fondato sull' equità è praticato nel parlamento di Grenoble, come ne fà fede Gui Pape (1). Ma quali sono le donazioni universali? Ricart (Don., p. 3, n. 1521) considera come donazioni universali quelle sole che possono comprendere i beni presenti e futuri. Perocchè è impossibile, a senso suo, ravvisare un titolo universale nella donazione dei beni presenti, abbracciando l'universalità il presente, ed il futuro. Furgole dà alla donazione universale il medesimo significato (2).

La distinzione del Deluca mi par fondata sopra la ragione.

Se la donazione è universale, ed abbraccia il presente ed il futuro, il buon senso e la forza delle cose prescrivono che il donatario sia tenuto mediante azione diretta, e così stabiliscono gli art. 1083 e 1085 del codice civile (3).

Ma quando la donazione non comprende l'universalità dei beni, siccome il creditore non ha acquistato alcuna azione contro il donatario, ed il donante rimane sempre obbligato verso di lui, così deve agire contro il donante, nè deve essergli concesso di attenuare l' utilità della donazione, quando può sodisfarsi sopra i beni di quegli che ha con esso contrattato. Ma se il donante è insolvente, la legge allora gli apre un regresso sussidiario permettendogli di fare annullare la donazione, perchè fatta in frode dei suoi dritti (4). Allora con quest' azione rescissoria si dirige contro il donatario; ma non lo fà che in sussidio, e quando dopo l' escussione dimostra che non trova da sodisfarsi. La necessità di questa escussione esiste ancora quando la donazione comprendesse *tutti i beni presenti* del donante; perocchè sarebbe possibile, che posteriormente alla donazione gli fosse venuta qualche opulenta eredità, che lo ponesse in grado di estinguere i suoi debiti.

451. Ma, si dirà, il donante ha diritto a sottrarre dalla donazione che fà i proprj debiti; perchè *bona non dicuntur nisi deducto œre alieno* (5). Se qualunque creditore può esercitare le azioni del suo debitore (6), perchè non si permetterà ai creditori del donante di esercitare la deduzione che il loro debitore potrebbe fare da sè stesso? Si eviterebbe così un giro inutile e contrario alla semplicità del nostro dritto.

Tale obietto non è senza difficoltà, ma però trova la sua replica.

Senza dubbio allorchè il donante dona tutti i suoi *beni* presenti, o una loro parte, siccome la parola *beni* s'intende di ciò che resta dopo pagati i debiti, lo stesso donante ha dritto di ritenere il necessario per estinguere i debiti; può non consegnare al donatario che le cose donate purgate

(1) Decis. 105 e 460. Perezio, *Praelect. ad Cod.*, dice lo stesso, t. *De donat.*, n. 22. « De praxi intentari posse actionem *personalem*, adversus donatarium universalem, *Superstite debitore*, etc. »

(2) Comento sopra le Donaz., p. 123 e 124.

(3) Furgole, sopra l'art. 17 dell'ord. del 1731, t. 5, p. 164, cita una folla di testi e di scrittori che hanno fissato questo principio. Vuole inoltre che quest' azione diretta sia *personale*, ma soltanto fino alla concorrenza del valore dei beni. *Infra*, n. 455.

(4) Art. 1167, Cod. civ.

(5) L. 12, Dig. *De donat.*, Cujacio, *loc. cit.*

(6) Art. 1166, Cod. civ.

da qualunque vincolo: *res ære alieno solutæ præstantur*, secondo l'espressione di Cujacio.

Ma se il donante rinunzia a tal ritenzione, non ha più dritto a farla posteriormente, e perciò i suoi creditori non possono farla in vece sua. Ora tal rinunzia avviene tacitamente quando il donante pone il donatario in possesso dei beni donati senza riservo dei debiti; così dimostra di non voler fare deduzione dei debiti, che doveva fare precedentemente. Lo insegna Ricard (part. 3, n. 1523); quantunque Grenier insinui che tale opinione non è certa (Donat., t. 1, p. 209), pure viene abbracciata da Toullier (1).

Il donatario adunque non è sempre tenuto a contribuire ai debiti al dirimpetto del donante, o de' suoi eredi. Il donante non può farvelo contribuire, se non che quando non abbia rinunziato a tal contribuzione esplicitamente o implicitamente.

Quindi riepilogando intorno a questa materia tutti i casi che possono presentarsi, o il donante ha esercitato la deduzione per i debiti prima della tradizione della cosa, ed allora senza dubbio il creditore non ha alcun dritto contro il donatario, perchè non ne ha più il suo autore (Cujacio, *loc. cit.*).

Ovvero il donante fà la tradizione della cosa donata, stipulando che il donatario dimetterà i debiti esistenti, o riservandosi di fare uno scorporo per pagarli, e non vi ha dubbio allora sul dritto dei creditori di agire direttamente contro il donatario; giacchè possono fare essi stessi quello scorporo che il loro debitore potrebbe fare di proprio dritto (1166).

Ovvero il donante mette il donatario in possesso della cosa donata senza stipulazione relativa ai debiti, senza riservo di fargliel pagare; allora la sua rinunzia al dritto di retensione si presume, ed i suoi creditori non possono intentare un' azione di cui egli si è spogliato; non possono neppure agire direttamente contro il donatario. Essi non hanno altro dritto che di esercitare l' azioue revocatoria paulliana, se il loro debitore è insolvente.

L'obiezione che abbiamo procurato di ribattere cade adunque di fronte a queste osservazioni. Ma v' è di più: non si deve credere che il dritto di detrazione fondato sulla massima *bona non dicuntur*, etc., abbia luogo in qualunque donazione a prò del donante. Tal massima è applicabile unicamente quando il donante dona i *suoi beni*, o una parte de' *suoi beni*. Ma se donasse degl' *immobili*, o una *parte di essi*, il donatario non andrebbe soggetto alla deduzione fondata sopra la massima *bona non dicuntur*, etc., ed il donante non potrebbe ritenere alcuni immobili per saldare i suoi debiti. Così Bartolo stabiliva dietro i principj del dritto Romano per il legato degli immobili, o di parte degl' immobili (2).

Si farà forse una seconda obiezione, e si dirà: *Il legatario a titolo universale* è tenuto ai debiti per la sua quota e porzione (1012). Può esser perseguitato *direttamente e personalmente* dai creditori del defunto. Supponendo che

(1) T. 5, n. 817 a 818.

(2) Supra la leg. ult., *De usuf. legat.* Il Menochio si esprime così: « Nam usufructuarius omnium *immobilium* vel partis eorum, cum rei particularis sit legatarius, non tenetur solvere æs alienum, nec pati « rem aliquam mobilem vel immobilem alienari ab « hærede pro æris alieni solutione. » Lib. 4, præsumpt. 143, n. 5 a 6. Toullier, t. 5, p. 740.

il donatario di *tutti i beni presenti* non sia che un donatario *a titolo universale*, almeno dev' essere nella medesima condizione del legatario a titolo universale; non esistono motivi per stabilire una distinzione fra l' uno e l' altro. Dunque argomentando dall' art. 1012, dev' esser permesso di agire direttamente contro il donatario il quale ha in sè un titolo universale. Quest'è sentimento di Grenier (1).

452. Ma dee rimarcarsi una differenza fra il legato e la donazione. Il codice assoggetta formalmente il legatario universale, o a titolo universale a contribuire ai debiti a proporzione dell' emolumento, in guisa tale che tosto aperta la successione, i debiti si dividono di pieno dritto fra gli eredi ed i legatarj universali, ed a titolo universale: *prorata bonorum debent invicem sese exonerare*, come dice Molinèo (2). L'efficacia di questa divisione è tale, che si esercita anche sopra il creditore, e che questo non può perseguitarli che per la loro quota e porzione virile. Se intentasse un' azione per il totale contro l' erede, sarebbe ad evidenza rinviato a provvedersi contro il legatario a titolo universale per la porzione a carico di quest' ultimo. Quindi, *i legatarj universali*, *a titolo universale*, *gli eredi*, *i successori ab intestato*, contribuiscono partitamente ai debiti a ragione dell' emolumento (3), e son tenuti verso i creditori per la loro porzione virile (4). È la legge che ha fatto questa divisione.

Ma, rispetto alle donazioni dei beni presenti, non si scorge che la legge le abbia mai comprese nella contribuzione ai debiti. Tal silenzio prova dunque ciò che abbiamo detto, che quando il donatario ha ricevuto il possesso puramente e semplicemente, non dee contribuire pei debiti al donante che non ha fatto alcun riservo, o a'suoi eredi; che non è tenuto verso i creditori che sussidiariamente in forza dell'azione revocatoria paulliana. Il sistema del Grenier adunque tende a creare disposizioni che non esistono.

453. Vi fosse almeno una perfetta analogia! ma la pariformità è lungi dall' esistere.

Quando il testatore nomina un legatario a titolo universale, mentre priva il proprio erede d' una quota di beni, lo esonera dai debiti per tutta la porzione virile di quel legatario, ed il creditore è costretto a dividere la sua azione per ottenere il pagamento del suo credito. La legge è formale (5).

Ma allorchè taluno dona i proprj beni presenti, chi oserà dire, ch' egli obblighi i suoi creditori a dividere le loro azioni fra il donatario e lui? Il Grenier medesimo è lungi dal sostenerlo: « Non è già, esso dice (n. 95), che « finchè vive il donante non sia sempre il vero debitore, e che non possa essere perseguitato, e che dopo la sua morte i veri debitori non « sieno gli eredi chiamati dalla legge « alla successione, ovvero il legatario universale, o finalmente qualunque altro successore del defunto, che viene considerato come « una continuazione della sua persona. »

Ecco adunque una diversità rimarchevolissima ammessa dal Grenier fra i legatarj a titolo universale, e le do-

(1) T. 1, p. 207.
(2) Art. 870 e 871, Codice Civile.
(3) Art. 870 e seg., Cod. Civ.
(4) 873, 1009 e 1012.
(5) Art. 883, Cod. Civ.

nazioni al medesimo titolo. La legge divide l'azione del creditore fra gli eredi che rappresentano il defunto, ed i legatarj universali o a titolo universale. L'azione del creditore rimane all'opposto nella sua integrità contro il donante o contro quelli che lo rappresentano a causa di morte. L'analogia dunque comincia a dileguarsi.

Essa svaporerà intieramente se si consideri che la trasmissione dei beni a causa di morte genera un effetto tutto differente dalla trasmissione gratuita fra' vivi. La prima produce una vera successione; la morte fà refluire tutto il passato sulle persone che sopravvivono: *il morto investe il vivo.* I beni garantiscono tutti gli obblighi senza eccezione contratti dal defunto nel corso della sua vita, in quel modo stesso in cui i suoi rappresentanti si giovano di tutti i lucri da esso percetti durante lo stesso periodo.

La donazione di tutti i beni presenti non produce effetti tanto estesi. Agisce solo sul presente; tutti gli obblighi contratti dopo di essa, tutti i lucri a lei posteriori gli rimarranno estranei; essa abbraccierà un punto solo della vita del donante, mentre le donazioni a causa di morte rispondono per la sua vita intiera. Perciò è impossibile dire, che la prima sia mai un titolo universale. Insistiamo anche un istante sù questa differenza.

Un testatore dona a causa di morte la quarta parte de' suoi beni. È un legato a titolo universale. Questa parte quarta dei beni rappresenterà per un quarto tuttociò che il defunto avrà acquistato, tuttociò a cui si sarà obbligato dal primo alito della sua vita fino al suo trapasso. Ecco un vero titolo rappresentativo, comprendente una porzione dell'universalità dell'attivo e del passivo del testatore. Giustamente dunque fù detto questo, legato a titolo universale.

Ma suppongasi una donazione fra' vivi di tutti i beni presenti; tal donazione avrà nulla di comune con gli acquisti posteriori? rappresenterà gli obblighi contratti ulteriormente dal donante? Nò certo. Adunque non avrà la qualità d'un titolo universale, poichè sarà estranea all'intiero periodo che intercederà fra il suo passaggio e la morte del donante. Il donatario di tutti i beni presenti non rappresenterà dunque il defunto nè totalmente, nè parzialmente, dal principio della sua vita sino alla sua morte. Sarà dunque mero successore a titolo singolare, alla pari di quegli cui si vendessero tutti i proprj beni. Ove dunque per l'ultima volta, esiste l'analogia che possa fare applicare alle donazioni dei principj, che il codice ha eretti in legge soltanto per i legati?

454. È manifesto in sostanza, che niun motivo milita per allontanarsi dal dritto Romano come pei legati, e per sottomettere i donatarj anche di tutti i beni presenti all'azione diretta dei creditori. Così si nuocerebbe ai donatarj senza giovare ai creditori. Questi avranno sempre un regresso sussidiario contro i donatarj, se riscontrano mediante l'escussione che il loro obbligato non può sodisfarli.

Ma se la donazione è universale, cioè se abbraccia i beni presenti ed i futuri, partecipa allora delle donazioni a causa di morte, e siccome è noto che tal donazione spoglia il donante, e lo rende insolvibile, è inutile di escuterlo. Si può contro esso agire

direttamente e personalmente. Quest' opinione è di Toullier (1).

455. Rimane a sapersi ora a che è tenuto il donatario quando paga i debiti del defunto.

Tutti gli scrittori convengono nel dire, che non può esser tenuto *ultra rerum donatarum quantitatem* (2). E ciò ha luogo ancorchè la donazione comprenda i beni presenti ed i futuri, nei casi in cui è permesso il farla. Perocchè l'azione non è allora puramente personale, è *in rem scripta* (3).

456. Ammessi tutti questi principj, facciamone l' applicazione all' obbligo di garantire che ha il donante. S' intende già che tale obbligo deve essere anteriore alla donazione, perchè sia possibile che refluisca sul donatario.

Pietro vende a Giacomo l' immobile A, di pertinenza di Francesco. In seguito dona tutti i suoi beni presenti al medesimo Francesco.

Posteriormente Francesco intenta l' azione di rilascio contro Giacomo. Potrà farlo dichiarare irrecettibile?

Pothier insegna l' affermativa (4). Ma tosto aggiunge: « Siccome queste « persone non sono tenute ai debiti « che fino alla concorrenza dei beni « compresi nel legato (5), o dona« zione universale, possono fare ces« sare tale eccezione, offrendo di « cedere ed abbandonare questi me« desimi beni. »

Merlin (vº *Garantie*) non divide quest' opinione. « Ciò non è assolu« tamente esatto, ei dice; il dona« tario universale non era personal« mente obbligato ai debiti del de« funto, ed essendolo unicamente a « causa dei beni, può senza timore « dell' eccezione di garanzia, riven« dicare la sua proprietà contro que« gli cui il defunto l' ha venduta, « salvo all' acquirente l' esercizio del « suo regresso contro i beni che for« mano il subietto della donazione « universale. La corte di cassazione « così giudicò con decisione del 1° « Germinale anno XI. »

Questo giudicato (6) si aggira sul caso di un legato universale; ma già abbiamo veduto dalle riflessioni premesse, che prima del codice civile, non passava alcuna differenza fra la donazione ed il legato universale. Si legge in uno de' suoi considerando: « Attesochè la Sig. de Bellisle non è « erede della Sig. d' Aboville, e che « nella sua qualità di legataria uni« versale non ha confuso i suoi dritti « personali con quelli della testatri« ce; d' onde deriva non esser dessa « garante della validità degli atti con« tro i quali ha formato ricorso. »

(1) Toullier, t. 5, n. 817. Questi principj non sono sempre stati applicati dai giudicati. Una decisione di Nimes, 11 Dec. 1809, stabilisce che il *donatario* di una porzione di beni è *personalmente* tenuto pei debiti del donante. Una decisione di Limoges, 29 Aprile 1817, stabilisce anco che il donatario dei beni attuali è, del pari che il legatario a titolo universale, tenuto a pagare i debiti del defunto personalmente per la sua quota e porzione, e ipotecariamente per il totale. Simile decisione Riom 2 Decembre 1809. « Dunque, « aggiunge la decisione, il donatario non può essere « ammesso alla purgazione delle ipoteche iscritte so« pra i beni donati, poichè è obbligato sì personal« mente che ipotecariamente. » Decisioni conformi, 13 Aprile 1821. Nimes, 3 Aprile 1827, Bordeaux, 23 Marzo 1827. V. Merlin, Rép. vº *Droits successifs*.

(2) Voet, *De donat.*, n. 20. Fargole, sopra le Donazioni, t. 5, p. 164. Ricard, part. 1, n. 1516.

(3) Autori citati, Grenier, *Donat.*, t. 1, p. 214.

(4) *Vente*, n. 176.

(5) Rapporto al legato, è noto che è seguita una innovazione in virtù degli art. 1009 e 1012, citati al n. 447.

(6) Merlin, *Quest.*, vº *Requete civile*, § 6. Dalloz, idem, p. 597.

Questa seconda opinione, in quanto però sia da applicarsi ad un donatario di beni presenti, deve prevalere; un tal donatario non è personalmente responsabile degli obblighi del donante. Non è tenuto pe' suoi fatti. Se è responsabile, non è nella sua qualità di donatario, ma è a cagione del possesso de' beni. Quindi i soli obblighi di dare una cosa, o di pagare una somma refluiscono sopra di lui; quanto agli obblighi di fare, non possono essere l' oggetto di un regresso, se non che risolvendosi ne' danni ed interessi.

Il donatario di tutti i beni presenti non è dunque obbligato di prendere il luogo e la difesa del compratore per conto del venditore. Perciocchè questa è una obbligazione *di fare* (*Supra*, n. 435) di cui è unicamente responsabile chi è personalmente obbligato. È tenuto al pagamento del prezzo, e dei danni ed interessi, perchè questo è un obbligo di dare, che è un onere dei beni a lui trasmessi. Il donatario dunque potrà rivendicare il proprio suo possesso. Ma l' acquirente sarà fondato nell' obbligarlo a renderlo indenne, in conformità dell' articolo 1630.

Che se si trattasse d'un donatario de' beni presenti e futuri, siccome un tal donatario è personalmente tenuto, come già si è detto (n. 450), converrebbe seguire l' opinione di Potbier. Il donatario adunque dovendo prendere il luogo e la difesa del compratore, sarà rejetto dalla massima, *chi dee garantire non può evincere*. Ma potrà annichilare l' eccezione offrendo il rilascio di tutti i beni.

(1) T. 2, p. 239, lib. 4, cap. 6, q. 31.
(2) Quest. notabili, lib. 1, q. 9.
(3) Controversie, lib. 10, c. 45.

457. Dobbiamo al presente esaminare una difficoltà gravissima generata dal principio dell' indivisibilità della garanzia. Allorchè il venditore lascia più eredi o legatarj universali, etc., uno di essi che reclami la propria cosa venduta dal suo autore, può essere intieramente licenziato dalla sua domanda in virtù dell'eccezione *quem de evictione*, etc.? ovvero la sua domanda è irricevibile solo per la parte di cui è erede?

Siffatta quistione è in vario senso risoluta degli scrittori.

Henrys (1) opina che l' erede di una porzione non può evincere l'acquirente, o in qualunque caso, che quest' erede dev' essere obbligato a riprendere l' intiero fondo restituendo il prezzo dell' acquisto, e rifacendo i danni ed interessi. Questo temperamento viene ammesso da Henrys soltanto perchè ripugna dall' ammettere che il compratore non conservi che una porzione più o meno piccola d' un oggetto che ha comprato per possedere nella sua integrità. Una evizione totale gli sembra preferibile ad una evizione parziale.

Duperrier vuole indistintamente, che l' erede non possa evincere l' acquirente (2). Opinano egualmente alcuni dottori citati dal Fachinèo (3), come l'Alciato (4), Lancellotto, Galliaulo, etc. Il Soccino, benchè combattendolo, afferma aver veduto giudicare due volte la quistione in questo senso (5), ed è quello pure che venne adottato da una decisione della corte di cassazione dell' 11 Agosto 1830 (6), e da una decisione inedita della Corte di Nancy del 2 Maggio

(4) Sopra la leg. 4, § *Cato. De verb. oblig.*
(5) Sopra la legge 4, § ult. Dig. *De verb. oblig.*
(6) Dalloz, 30, 1, 343.

1833, ambedue proferite in tesi (1).

L' opinione contraria si basa sul tosto della leg. 14, Cod. *De rei vindicat.*, e sull' imponente autorità di Molinèo (2) di Pothier (3), di Lebrun (4), di Voët (5), ai quali possono unirsi Facbinèo (6), d' Argentrèe (7), e parecchi altri scrittori anteriori, che Molinèo appella *insignes doctores* (8). Questo gran giureconsulto riferisce ancora che Pietro Séguier primo presidente al parlamento di Parigi lo consultò per uno de' suoi amici, il quale aveva acquistato una casa situata in Parigi, e che molestato dal vero proprietario, erede parziario del venditore, era stato condannato dal primo giudice al rilascio delle porzioni di quella casa, che l' attore non teneva dal suo autore. Molinèo opinò che il compratore si acquietasse a quella sentenza, e così fu fatto. Dette lo stesso consiglio all' attore in rivendicazione, e vanta la decisione dei giudici di Parigi, come assai migliore dei due giudicati riferiti dal Soccino (9).

Annunciando che questa grave quistione è stata trattata da Molinèo, è lo stesso che indicare che ella è stata discussa a fondo con i più completi presidj della scienza, e con la forza di un raziocinio il più acuto ed il più sottile.

Pothier ha compendiato la sua argomentazione (10); essa poggia sopra tre idee.

1° L'obbligo di consegnare una cosa divisibile è divisibile (11). Se il venditore fosse morto prima della tradizione, i suoi eredi non potrebbero esser pulsati dal compratore che per la loro quota e porzione. Il venditore adempiendo l' obbligo suo mediante la tradizione, non ha potuto fare la condizione de' suoi eredi peggiore di quella che sarebbe stata, se non fosse stato adempiuto. L' erede parziario, il quale richiamato alla tradizione si sarebbe sdebitato facendo la tradizione della sua parte, non deve dunque essere più maltrattato con l' eccezione, che con l' azione.

2° L' obbligo di difendere è senza dubbio indivisibile (12). Ma tale obbligo non è tanto preciso ed assoluto che ogni erede non possa liberarsene offrendo la sua quota del prezzo, e dei danni ed interessi. A più forte ragione rimane esonerato quando ha sodisfatto per la sua porzione all' obbligo di mantenere il godimento, il quale è divisibile, se l' oggetto venduto è divisibile.

3° L' obbligo di difendere è subordinato a quello di mantenere il possesso (13); quando l'erede parziario ha adempiuto a quest'ultima obbligazione per la parte a lui spettante, non ha più a difendere il compratore; è liberato. Può dunque rivendicare la cosa venduta per le porzioni delle quali non è erede. « Nec obstat, « dice Molinèo (14), quod etiamsi in

(1) « Poco importa (dice il giudicato di Nancy) « che Giovan Battista Demangeot non sia erede di « Agnese (venditrice) che per una porzione; chè l' ec- « cezione della garanzia è indivisibile, e ognuno degli « eredi è tenuto totalmente a far godere l'acquirente. »

(2) *De divid. et individ.*, n. 487 e seg.

(3) *Vente*, n. 174.

(4) Successioni, lib. 4, cap. 2, sez. 4, n. 27.

(5) *De rei vindicat.*, n. 16.

(6) Controvers., lib. 10, c. 55.

(7) Sopra Bretagne, art. 419, glossa 3, n. 23, *in fine*.

(8) N. 487.

(9) *Loc. cit.*, n. 508.

(10) *Vente*, n. 174.

(11) *Supra*, n. 262.

(12) Molinèo, n. 499.

(13) Molinèo, *loc. cit.; supra*, n. 498.

(14) Idem, n. 505.

« parte tantum sit hæres, tenetur de-« fendere totum contra extraneum, « ergo contra se, in quantum est ex-« traneus. Quia verum est, nisi hic « hæres obligationi hæreditariæ satis, « fecerit, et emptor obligationem de-« fendendi diviserit, imo potius rei « perceptione consumpserit in ea par-« te. Hæc enim obligatio dividua est « ex parte creditoris; et sic, non so-« lum liberaliter ab eo pro parte, vel « respectu unius hæredum remitti « potest; sed etiam multo fortius « consumi in parte, perceptione par-« tis. »

Molinèo aggiunge nondimeno (1), ed in ciò è seguito ancora da Pothier, che il compratore può negare di ritenere la cosa in parte, e che è libero di abbandonarla totalmente, facendo condannare l'attore a rifondergli per la porzione da lui ereditata i danni ed interessi derivanti dall'evizione. Perocchè non avendo egli comprato la cosa per averne soltanto una parte, non può essere obbligato a ritenerne una porzione.

Credo che un sistema che poggia sopra principj tanto solidi non può essere rovesciato, ed è d'uopo convenire che la corte di cassazione ha infelicemente raziocinato nella sua decisione, allorchè dopo aver qualificata per divisibile l'azione di garanzia, che è ad evidenza indivisibile nel suo primo capo, decide che l'eccezione della garanzia è indivisibile, benchè le leggi Romane ed i più grandi giureconsulti provino che dee dividersi fra gli eredi del venditore.

Quali sono i motivi della corte di cassazione ? « La garanzia si estende « al tutto, e ad ogni parte dell' og-« getto alienato; imperocchè il pos-« sesso pacifico della cosa venduta è « il primo oggetto della garanzia pro-« messa dal venditore; ciò emerge « chiaro dalla natura dell' obbligo, e « dallo scopo che le parti contraen-« do si sono prefisse. »

Tuttociò è incontrastabile, quando il venditore è ancor presente per rispondere del fatto proprio. Ma la quistione è so sia lo stesso, allorchè lascia più eredi. Ognuno sà, che qualunque obbligazione è indivisibile riguardo al debitore principale che l'ha contratta (2). È ella questa una ragione perchè ne sia altrettanto riguardo a' suoi eredi? Nò certo ! perchè in dritto comune, ciò che era indivisibilo quando il debitore originario viveva, si divide al suo decesso. Soltanto in casi rari ed eccezionali l'indivisibilità sussiste anche fra gli eredi. « Omnis obligatio, dice Molinèo, est « dividua; *prout semper et regulari-« ter*, ipso jure inter hæredes tam cre-« ditoris quam debitoris, pro por-« tionibus hæreditariis dividitur, ni-« si quando et quatenus apparet quod « sit individua (3). »

La corte di cassazione non dà alcuna ragione plausibile per fare ammettere, che l'indivisibilità si trasmetta nella nostra specie dal venditore ai suoi eredi. Quando dice che la garanzia si estende al tutto, e ad ogni parte, e che ne fa una specie di dritto ipotecario *quod est in toto et in qualibet parte*, si lascia dominare da idee affatto inesatte. Nulla vi è di reale nell'obbligo di garantire; tale obbligo non iuveste la cosa, è affatto personale ;

(1) N. 506.

(2) Molinèo, part. 2, n. 415.
(3) Molinèo, part. 2, n. 200.

è un ramo dell'azione *ex empto*, che in questa parte ha un carattere di pura personalità (1).

Abbiamo detto precedentemente con Pothier, Molinèo, etc., che l'obbligazione di difendere è indivisibile, e che obbliga per il totale ciascun erede. Deriva da ciò, che ogni erede sia tenuto a fare avere al compratore ciascheduna particella dell'immobile, libera e svincolata dal dritto altrui? Abbiamo forse inteso dire che il possesso di quest'ultimo è tanto indivisibile, che uno degli eredi deve per tutti gli altri farlo mantenere intatto nella totalità delle frazioni che compongono la cosa? Non confondiamo! ! I principj da noi posti sull'indivisibilità della difesa, debbono intendersi in questo senso, che ciascun erede deve difendere la causa per il totale, cioè presentarne tutti i mezzi; ma avremmo tradito il concetto dei giureconsulti che ci servono di guida, se avessemo lasciato credere, che uno degli eredi convenuto fra parecchi aventi il medesimo interesse, non fosse liberato procurando al compratore il pacifico godimento della porzione a lui spettante. Quale era la posizione delle cose quando in tal modo ragionavamo? Un compratore è molestato da un terzo, il quale vuol togliergli l'intiera casa venduta. Ha bisogno che gli eredi del suo venditore vengano in lui soccorso, ed abbraccino la sua difesa. Se si appaga di quella d'un solo, è libero di ricorrere unicamente a quest'erede, il quale dovrà sviluppare tutti i mezzi della causa, produrrà tutti i documenti; sosterrà la lotta fino all'estremo, farà gli sforzi i più completi, perchè l'attacco sia vano. Ma è da notarsi che l'erede che noi poniamo in lotta con l'attore alla rivendicazione, nulla ancora ha sborsato della sua parte del prezzo, e dei danni ed interessi; ovvero che il compratore non tiene da lui una parte incontroversa della cosa; e questa è la gran differenza che passa fra questo caso e quello che attualmente esaminiamo. Perciocchè l'erede che si vuol respingere con l'ajuto della massima *quem de evictione*, etc., acconsente a lasciare l'acquirente padrone e possessore pacifico della cosa per la sua porzione. Perlochè diciamo che è sciolto dall'obbligo di garantire, e di prender la difesa; poichè, legalmente, l'erede è tenuto alla consegna della cosa soltanto per la sua quota e porzione; questo punto è messo fuor di quistione da Molinèo (2); legalmente, non è tenuto a far godere il compratore, che per la sua quota e porzione. Qual garanzia dunque si può esigere da lui, quando fece tuttociò che era suo dovere, quando ha sodisfatto l'intiero ammontare di ciò che doveva? È evidente che contro d'esso non vi è luogo a garanzia, e che la corte di cassazione non fece altro che dedurre nei suoi considerandi dei principj inapplicabili (3). Tornerò al n. 463 sopra una quistione pressochè simigliante.

Prima di terminare sù questo pun-

(1) *Supra*, n. 262.

(2) Seconda parte, n. 301 e seguenti.

(3) Farò osservare una dimenticanza di Dalloz, il quale ha raccolta la decisione da me combattuta. Nella specie di essa, trattavasi d'un figlio, erede beneficiato di sua madre. Durante l'istanza avanti la Corte reale, sorse una dimanda per farlo dichiarare erede pure e semplice. Dalloz non ne menziona il resultato. Pure si scorge l'interesse di tal circostanza; poichè se il figlio fosse stato erede beneficiale, la quistione del determinare se gli si poteva opporre l'eccezione *quem de evictione*, etc., non sarebbe nemmanco stata proponibile (*Supra*, n. 447).

to, farò notare che Duranton (n. 255), rivolgende contro l' acquirente una opinione che Henrys aveva avanzata nel suo interesse, vuole che l' erede possa sempre rivendicare la cosa a lui spettante, stata venduta dal suo autore, e che sia tenuto soltanto ai danni ed interessi. Ma quest' opinione è, a senso mio, contraria ai principj. L' erede è tenuto al fatto del suo autore, e gli obblighi di quest' ultimo si trasfendono nella sua persona. Ora il venditore era tenuto a far godere il suo acquirente; era suo obbligo preciso; necessariamente deve essere anche quello del suo erede, il quale potendo adempirlo, non deve essere ammesso ad esonerarsene con la refezione de' danni ed interessi. Una indennità allora soltanto è proponibile, quando l' obbligazione di far godere è dimostrata impossibile. Ma sarebbe fare una confusione d'ammettere l' obbligato a tradurre ne' danni ed interessi una obbligazione che gli era agevole adempire *in forma specifica*. La buona fede, la ragione, tutte le regole dei contratti si oppongono a tale conversione.

A nulla giova il dire con Duranton, che a tenore del codice civile, la vendita della cosa altrui è nulla. Questo nuovo punto di dritto non cambia le obbligazioni dell' erede, il quale oggidì come in passato compendia nella sua persona la posizione civile del defunto. La vendita della cosa altrui è suscettibile di ratifica e di consolidazione. Duranton stesso ne conviene (1). Quale ostacolo dunque si frappone sotto il codice civile a che trovi la perfezione, che in origine gli mancava, nell' eccezione *quem de evictione*, etc.? Non è dessa nei termini più rigoresi della logica? Non è una razionale applicazione della regola: *hæres personam defuncti sustinet*.

Duranton argomenta dalla legge 31 C. *De evictionibus*, relativa all' erede del mallevadore. Ma vedremo al n. 462, ch' egli non ne ha penetrato il vero senso.

458. Abbiamo finito di esaminare il caso in cui l' attore in rivendicazione è erede del venditore.

Un altro caso dell' applicazione dell' eccezione *quem de evictione*, etc. ha luogo quando il venditore della cosa altrui, essendone divenuto proprietario per successione o in altra guisa, pretende molestare quello che riconosce da lui i suoi dritti (2). Siccome è obbligato in virtù del contratto di procacciare al compratore un godimento pacifico, è suo dovere di allontanare tutte le molestie inferite dai terzi al suo dritto. Ora, tal dovere è assai più rigoroso, quando egli stesso è l' autore delle molestie (3).

Questa regola trova diverse applicazioni.

459. 1° Un tutore vende in nome del suo pupillo la totalità d' un immobile, il quale gli appartiene parzialmente soltanto. Ulteriormente questo pupillo diviene erede di quegli la di cui porzione è stata erroneamente venduta. Potrà rivendicare come sua la porzione indebitamente alienata dal suo tutore?

Nò. Vi è un principio incontrastabile, ed è, che di fronte ai terzi, ciò che fà il tutore nella sua qualità si reputa fatto dal minore stesso. Qui dun-

(1) *Loc. cit.*

(2) Pothier, *Vente*, n. 166.

(3) V. Bartolo, sopra la legge *Cum vir.*, Dig., *De usucapion.*, e Boerio, quest. 23, n. 13 e 21. Essi discutono questo punto di dritto.

que il vero venditore è il minore. La sua azione quindi deve respingersi dalla nostra eccezione; perchè è contemporaneamente tenuto all'evizione, ed attore in rivendicazione (1).

460. 2° Una madre tutrice del proprio figlio vende senza formalità, ma in detta sua qualità, i beni spettanti a quest'ultimo. Si noti, che non ha promessa veruna garanzia personale. Poscia eredita dal figlio medesimo. Secondo il presidente Fabro, dee dirsi ch'ella sarà irricevibile ad impugnare l'alienazione. Invero, si è già visto (2), che il minore erede della propria madre non sarebbe stato vincolato dal di lei fatto, ed avrebbe potuto fare annullare la vendita; ma la reciprocità, secondo quello scrittore, non esiste. Si deve essere più renitenti d'ammettere alcuno ad insorgere contro il fatto proprio, di quello che ad ammettere un erede a censurare il fatto illegale del suo autore. Così fù giudicato con decisione del senato di Chambéry del 3 Dicembre 1589, riferita dal Fabro (3). « Hoc enim « casu, dic'egli, omni modo confir- « mabitur alienatio, etiam quæ ab « initio contra leges facta fuerit, « quia *difficilius est*, *ut quis pro-* « *prium*, *quam ut hæres jam impro-* « *batum defuncti factum improbet.*»

Malgrado la duplice autorità di questo giudicato, e del sentimento tanto grave di Fabro, preferisco una decisione contraria emanata dalla corte di cassazione in data del 19 fiorile anno XII (4). Anco Merlin approva quest' ultima soluzione, la quale si giustifica a sufficienza se si considera che la madre tutrice non aveva prestato alcuna garanzia personale, e che ha ritrovato nella successione del figlio un'azione di nullità, di cui non vi ha ragione per privarla.

461. Un 3° caso dell' applicazione della massima *quem de evictione*, etc., si verifica riguardo ai mallevadori del venditore (5). Essi hanno contratto l'obbligo di difendere il compratore da qualunque domanda di evizione; hanno in conseguenza contratto quello di non suscitargli per parte loro delle cause d' evizione.

Occorre anche dire che il mallevadore non può opporre il benefizio dell'escussione, perchè esso solo può sodisfare all' obbligo di difendere rinunziando alla propria domanda, ed ognun sa che il benefizio dell' escussione può solo invocarsi allora quando il debitore principale può sodisfare il debito. Pothier (6) ha provato questo punto di dritto con le ragioni più solide.

462. Un 4° caso dell' applicazione dell'eccezione *quem de evictione*, etc. (7), ha luogo contro gli eredi del mallevadore. Cujacio e Pothier hanno remosso tutti i dubbj che alcuni autori (8) avevano fatto sorgere dalla legge 31, C. *De eviction.*, mediante una viziosa interpretazione di questo testo.

È vero che Duranton (t. 9, n. 254) prendendo questa legge alla lettera, ha riprodotto sotto il codice civile l' errore di quei giureconsulti. Egli cre-

(1) Così giudicato dalla Corte di Bordeaux 8 Dec. 1831. (Dall., 32, 2, 58).

(2) *Supra*, n. 446.

(3) Cod., lib. 8, t. 31, definit. 2, *in fine*.

(4) Merlin, Répert., v° *Garantie*, p. 465, 466. Dall., v° *Vente*, p. 878, note.

(5) La legge 11, C. *De evict.*, la decide esplicitamente. Pothier, *Vente*, n. 177. *Junge*, Duranton, t. 16, n. 254.

(6) *Loc. cit.*

(7) Pothier, *Vente*, n. 179. Cujacio, sopra la legge 11, C. *De evict.*

(8) Brunemanno ed altri da lui citati, sopra la legge 11, C. *De evict.*, n. 11. Daspeisses, etc.

de che con questo testo gl' imperatori Diocleziano e Massimiano abbiano inteso decidere che l'erede del fidejussore, la di cui cosa è stata venduta, può benissimo rivendicarla, salva le refezione de' danni ed interessi.

Avrei bramato conoscere le ragioni che hanno determinato Duranton ad allontanarsi dalla dottrina di Cujacio. Ma non le dichiara, e non accenna nemmeno che il principe de' giureconsulti moderni ha attribuito un altro senso a questa legge. Tale omissione lascia dunque sussistere in tutta la sua forza il sentimento di Cujacio, che non può condannarsi mediante preterizione. Noi adunque lo rammenteremo come l'ultimo termine della scienza sù questo punto, e come la sola autorità da seguire.

Senza dubbio, questa legge dispone: « Hæredem fidejussoris rerum, pro « quibus defunctus apud emptorem « intercesserat pro venditore, factum « ejus cui successit, ex sua persona « dominium vindicare non impedit, « scilicet evictionis causa durante ac- « tione. » Ma gl' imperatori non dicono che a tal domanda il possessore non potrà replicare con l'eccezione, *quem de evictione*, etc. La quistione è, se il compratore che potendo opporre l' eccezione non l'ha fatto, ha in tal caso l'azione *de evictione* contro l' erede. La ragione di dubitare è che non vi ha luogo a quest' azione, quando il compratore ha potuto evitare la evizione, come lo poteva in questo caso, opponendo l' eccezione di garanzia. Ma la legge decide che quest' erede, essendo quello che l' ha evitto, non è ricevibile ad opporre al compratore che avrebbe potuto evitare l'evizione; che perciò il compratore deve contro di esso avere l'azione *de evictione*. Questo è il significato degli ultimi termini della legge: « *Scilicet evictio- « nis causa durante actione* (1). »

Allorchè una interpretazione tanto ingegnosa e plausibile viene a sostegno di un principio, al quale vorrebbonsi porre delle limitazioni impossibili a spiegarsi logicamente, non vien mai accolta con bastante premura.

463. Un 5° caso dell' applicazione della nostra massima si riscontra rispetto alla moglie avente comunione di beni, per la metà che a lei spetta dei debiti della comunione.

Supponiamo, che il marito abbia venduto perdurante la comunione, ma senza il consenso della moglie, un effetto particolare di questa. La sua qualità di comune la fà partecipare a tutti gli obblighi contratti da suo marito, durante la comunione, ed in conseguenza all' obbligo della garanzia dell'effetto particolare da lui venduto. Ma siccome non è tenuta pei debiti che alla loro metà, non sarà esclusa dalla rivendicazione che per la metà, a forma dei principj esposti al n. 457.

Se avesse fatto regolare inventario, essa potrebbe liberarsi da tale obbligazione, facendo il rilascio di tutti i beni della comunione (2).

(1) Deo infatti combinarsi la legge 31, con la legge 11, C., medesimo titolo, e vedere le Pandette di Pothier, t. 1, p. 609, n. 27, e 616, n. 8.

(2) Pothier, *Vente*, n. 180.

ARTICOLO 1627.

Le parti possono, con patti particolari, accrescere o diminuire l'effetto di questa obbligazione di dritto; e possono pure convenire che il venditore non sarà sottoposto ad alcuna garanzìa.

ARTICOLO 1628.

Quantunque siasi pattuito che il venditore non sarà soggetto ad alcuna garanzìa, ciò non ostante resterà obbligato a quella che risulta da un fatto suo proprio; qualunque convenzione in contrario è nulla.

ARTICOLO 1629.

Nello stesso caso di stipulata esclusione della garanzìa, il venditore, accadendo l'evizione, è tenuto alla restituzione del prezzo, eccetto che il compratore fosse consapevole del pericolo dell'evizione nell'atto della vendita, o avesse comprato a suo rischio e pericolo.

SOMMARIO.

464. La garanzia di dritto può essere estesa o diminuita.

465. § 1. Estensione della garanzia di dritto. La si può estendere al fatto del principe ed alla forza maggiore sopravvenuta dopo il contratto.

466. Ma una promessa vaga di ogni qualunque garanzia non basterebbe a produrre tale esorbitante estensione. La ragione si è che questa clausola abbraccia le sole cause d'evizione provenienti dalla colpa del venditore, o dal tempo del suo dominio. Definizione della garanzia data da Bouteiller. La garanzia dunque deve espressamente stipularsi per *il fatto del principe*, e *per la forza maggiore*.

467. Una tale intelligenza è anche più giusta perchè le clausole di garanzia *per qualunque molestia e impedimento*, sono quasi sempre di stile. Specie singolare in cui questa clausola ha un significato. Per dritto comune, la nullità di un atto non è causa di garanzia.

468. La clausola di garanzia di qualunque impedimento è efficacissima, allorchè il venditore ha dichiarata la causa dell'evizione. Motivo di ciò.

469. Spiegazione d'un giudicato di Bordeaux, che sembra contrario. Confutazione d'un considerando erroneo che fa parte di codesto giudicato.

470. Rinvio per alcune clausole estensive la garanzia, come *somministrare e far valere, esente da qualunque servitù*.

471. Regola equitativa che deve presiedere all'interpretazione delle clausole estensive della garanzia.

472. § 2. Patti, che diminuiscono la garanzia legale.

473. Ma, non ostante qualunque stipulazione, il venditore è sempre garante del suo fatto personale.

474. I fatti per cui il venditore è obbligato, non sono solamente i fatti posteriori alla vendita, ma anco i fatti anteriori. Il venditore ne è tenuto ancorchè vi fosse la clausola esclusiva della garanzia.

475. Perciò la riserva, che *i fatti del venditore non saranno compresi nell'esclusione della garanzia*, è quasi sempre inutile. Rinvio per un caso in cui è utile.

476. I fatti debbono essere personali al venditore. I fatti del suo autore sono compresi nell'esclusione della garanzia.

477. Vizio di redazione dell'art. 1628. Non è vero che in tutti i casi la clausola esclusiva della garanzia dei fatti personali sia nulla. Il venditore può stipulare che non sarà garante dei fatti a lui personali ed anteriori alla vendita da lui espressamente dichiarati. Non vi sarebbe dolo fuorchè tacendo questi fatti.

478. *Quid*, se dopo la dichiarazione dei fatti personali e la clausola esclusiva della garanzia, si aggiunga: *fuorchè de' suoi fatti e promesse?*

479. Delle formole adoprate per sottrarre il venditore alla garanzia.

480. Effetto di tali formole. Esse non dispensano il venditore dal restituire il prezzo in caso d'evizione.

481. Ma il venditore non è tenuto a questa restituzione, 1° se la vendita è aleatoria; 2° se il com-

COMENTO.

464. La garanzia è di dritto, abbiamo detto al n. 432, e gli effetti legali ne sono determinati dal codice.

Nondimeno le parti possono accrescere la sua estensione. Vi è di più: siccome la garanzia non è dell' essenza del contratto, ma soltanto della sua natura, possono convenire che il venditore non dovrà alcuna garanzia.

Questo comento avrà due parti, 1° L' estensione data alla garanzia ordinaria, 2° La dispensa dalla garanzia.

465. In dritto comune la forza maggiore sopraggiunta dopo il contratto non si comprende nella garanzia. È pur così del fatto del principe, il quale è un mero caso fortuito, e che dee ricadere sul compratore (1). Niun venditore può naturalmente rispondere dei cambiamenti prodotti da un evento imprevisto o dall' autorità sovrana nella cosa già venduta.

Ma la stipulazione che il venditore sarà garante della forza maggiore, o del fatto del principe, avrà efficacia (2).

466. Ciò non pertanto è sì esorbitante, da dover'essere espressa e speciale; non ne sarebbe l' equipollente una promessa vaga e generale di garanzia di qualunque siasi turbativa.

Il Sig. de Larue aveva venduto nel 1791 a Guyenot la terra di Mareilles con 600 jugeri di bosco. Il venditore si era obbligato a garantire il compratore da qualunque siasi evizione ed impedimento. Nel 1792 comparve la legge del 28 Agosto, che reintegrò le comuni nei beni a loro usurpati dal potere feudale. In conseguenza, 100 jugeri di bosco ceduti a de Larue dagli abitanti di Mareilles in virtù d'una transazione, sono da essi rivendicati. Con decisione del 27 piovoso anno XI, fù giudicato dalla corte di cassazione, che tale evizione procedeva dal fatto del sovrano, e che essendo posteriore alla vendita, de Larue non ne era tenuto, non ostante la promessa generale di garanzia inserita nel contratto (3).

La corte di Bordeaux proferì consimile decisione il 23 Gennajo 1826, sotto la presidenza del Ravez (4), e la ragione approva tali decisioni. L' idea di garanzia implica una colpa personale al venditore, o una causa di turbativa nata mentr'egli era ancora proprietario. Bouteiller nella sua SOMME RURALE, definendola dice: « *Vi è garanzia quando per colpa del venditore, o al tempo suo, sia avvenuto il danno alla cosa venduta.* » Perciò, allorchè puramente e semplice-

(1) V. l' esempio citato *supra*, n. 423, e trette dalla legge 11, Dig. *De evict.* Merlin, Répert., v° *Fait du Souverain.*

(2) L. 23, *De reg. juris.*

(3) Dall., *Vente*, p. 877.

(4) Dall., 26, 2, 183.

mente, e senz'altr'aggiunta, si promette di garantire il compratore da qualunque turbativa ed evizione, la energia di questa promessa abbraccia soltanto le turbative ed evizioni qualunque sieno, delle quali il venditore è naturalmente tenuto, e se ne pervertirebbe il senso se la si estendesse a delle molestie che la legge del contratto, la giustizia, ed il dritto di proprietà lasciano a carico del compratore, padrone della cosa (1).

E in tutte le fattispecie delle decisioni che hanno condannato i venditori alla responsabilità della forza maggiore, vi era promessa esplicita di garantire da tutte le turbative ed impedimenti di qualunque genere, eziandio *dal fatto del principe* (2).

467. E con più ragione conviene attenersi a questa equitativa interpretazione, dacchè siffatte clausole di garanzia per tutte le turbative ed impedimenti qualsiansi, che in antico erano assai solenni (3), sono divenute quasi sempre delle clausole di stile (4) che i notari inseriscono negli atti macchinalmente, e per consuetudine, senza farne conoscere l'importanza alle parti di cui redigono le convenzioni. Ciò che lo prova è, che si credono obbligati, quando si tratta di aumentare l'obbligo del venditore, di far seguire questi patti generali e spesso impotenti da clausole di garanzia speciale per una od un'altra causa di evizione, la quale per dritto non graviterebbe sul venditore; tanto sono essi persuasi dell'inefficacia di tali consueti riservi per tuttociò che esce dai limiti del dritto comune.

Nondimeno le circostanze possono a questo recare una modificazione.

A modo di esempio, dei coeredi maggiorenni avevano fatto subastare un immobile che essi possedevano in comunione con un minore, ma senza osservare le formalità protettrici degl'interessi pupillari. Si era inserito nel *sumptum* dell'aggiudicazione la clausola seguente:

« I comproprietarj garantiscono « l'aggiudicazione da qualunque do- « nazione, vedovile, ipoteche, e *ge-* « *neralmente da qualunque evizione*, « insieme ed *in solidum*. »

Il minore divenuto maggiore attaccò codesta vendita, e l'aggiudicatario avendo intentato contro i suoi venditori l'azione di garanzia, intervenne un giudicato della corte di Parigi, che decise che la garanzia convenuta non poteva intendersi che delle evizioni la di cui causa esisteva al giorno del contratto.

Ma, sul ricorso in cassazione, la corte regolatrice considerò che la promessa dei venditori era tanto generale ed assoluta, che abbracciava necessariamente l'evizione resultante dall'azione del minore all'oggetto di fare annullare l'aggiudicazione; che la cognizione data all'epoca degl'incanti dell'omissione delle formalità richieste dalla legge era una ragione di più per credere che tale era stato il senso della clausola di garanzia, e che i maggiori avevano voluto rispondere del fatto del minore (5).

Tal decisione sembra plausibile.

Perciò, ecco un caso che presenta una duplice singolarità. La prima

(1) Lo decide anche Loyseau, *Garantie des rentes*, cap. 3, n. 13, e cap. 1, n. 14. V. *supra*, n. 432.

(2) Merlin, Répert., v° *Fait du Souverain*.

(3) Loyseau, *loc. cit.*

(4) *Supra*, n. 432.

(5) Decisione del 19 Fiorile anno XII, Dalloz, *Vente*, p. 878.

è che la clausola di garanzia, per un effetto della convenzione, pone a carico del venditore un fatto non anteriore alla vendita, e che per dritto comune è a carico del compratore. La seconda è, che la nullità dell'atto, che ordinariamente non è una causa di garanzia fra le parti, si trova qui classata fra i fatti de' quali il venditore è responsabile.

468. Abbiamo detto sopra (1) che quando il venditore ha dichiarato al compratore le caose anteriori d'evizione che affligono la cosa vendota, non si fà loogo all' evizione legale. Ma se l' atto di vendita contiene promessa di garantire (2) anche in modo generale e non preciso, il venditore è responsabile delle evizioni previste e dichiarate (3). La ragione si è, che il patto generale di garanzia, sebbene il più delle volte impotente a generare il resultato remoto, inatteso, ed esorbitante di cui parlavamo nel numero precedente, non ha più nulla che possa ingannare la volontà delle parti, quando si tratta d' una caosa d' evizione da loro contemplata. Questo patto assume allora un significato chiaro e positivo; si spiega col pericolo che si temeva; rientra naturalmente nelle condizioni della vendita, e la sua opportunità è troppo manifesta per parificarlo ad una frase gettata per abitodine dall' estensore dell'atto. D'altronde, il venditore che ha potuto tanto facilmente apprezzarne l' estensione e le conseguenze, dee accagionare sè medesimo di non avere reclamato contro la sua inserzione.

In conseguenza, se il venditore dichiara le ipoteche che vincolano l' immobile, la promessa generale di garanzia fa togliere l'esenzione la quale, per dritto comune, resultava pel venditore dalla dichiarazione dell'onere gravante la proprietà (4). Tal promessa l'obbliga a correre in soccorso del compratore in caso di turbativa o di spoglio (5), ed a rifondergli i danni ed interessi di ragione dovuti. Questa massima emana dalle leggi 4, § 5, D *De doli et metus except.*, e 17, Cod. *De evictionibus*.

469. La corte di Bordeaux non pertanto ha deciso, con giudicato del 23 Marzo 1809, che quando il compratore conosce il vizio della cosa venduta, la clausola esplicita di garanzia obbliga il venditore alla sola restituzione del prezzo, e spese legali, ma non lo sottomette ai danni ed interessi (6).

È osservabile che tal giudicato statoisce sopra una vendita anteriore al Codice civile, e si fonda particolarmente sopra un'antica giurisprudenza speciale al parlamento di Bordeaux. Ma in tesi generale, il dritto che ha preceduto il Codice civile, e quello che lo ha seguito, pongono il venditore nell'obbligo di pagare de' danni ed interessi al compratore che conoscendo la causa dell'evizione, ha stipulato una garanzia. Voët lo stabilisce espressamente. *Qua occasione generalius adnotandum, eum qui sciens emit rem*

(1) N. 418.

(2) *Supra*, n. 432.

(3) Così giudicato con decisione di cassazione del 7 Frimajo anno XII. Dalloz, *Vente*, p. 877, 878. Merlin. Quest., v° *Garantie*, § 1, Brodeau, sopra Louet, cita un giudicato del parlamento di Parigi, del 10 Dec. 1640 (lett. A, § 13).

(4) Art. 1626. *Supra*, n. 418, 428, 427, 426; *infra*, 474, 477. Duranton, t. 16, n. 261.

(5) È la specie della decisione del 7 Frimajo anno XII.

(6) Dall., *Vente*, p. 879.

alienam, nullam quidem de evictione actionem habere ad id quod interest, SI NON SPECIALITER SIBI DE EVICTIONE CAVERI CURAVERIT (1). Questa dottrina è basata sopra varie leggi Romane affatto decisive (2), e sul disposto dell'articolo 1630 del Codice civile.

Leggesi del rimanente, nei considerando del giudicato della corte di Bordeaux, un asserto così straordinario, che non posso astenermi dal rilevarlo. Dopo avere a lungo svolte le prove della giurisprudenza anomala del parlamento di Bordeaux, la corte pretende che questa giurisprudenza sia stata consacrata dall'articolo 1599 del Codice civile. Nulla vi è di più erroneo. A forma di codest'articolo, il compratore informato che la cosa era d'altrui pertinenza, non ha dritto ai danni ed interessi. Niuno lo impugna. Ma a questo canone legale, nulla osta che si deroghi con patto espresso; e la stipulazione della garanzia pone le parti fuori dell'art. 1599. *Le convenzioni vincono la legge* (3).

470. Parleremo altrove di altre clausole estendenti la garanzia, siccome *fornire e far valere*, *esente da qualsiasi onere e servitù*, etc.

471. In sostanza, le parti possono protrarre la garanzia a tutti quei casi in cui non è dovuta per legge, anche alla forza maggiore, ed al fatto del sovrano. Ma per regola ordinaria non si deve esser troppo corrivi a ravvisare in una promessa generale di garanzia, la prova che il venditore ha voluto assumere a suo carico condizioni tanto onerose, e così lontane dalla natura del contratto di vendita.

472. Veggiamo le modificazioni che diminuiscono l'estensione ordinaria dell'obbligo di garantire.

Talora esonerano il venditore dalla responsabilità di tutte le cause che possono produrre l'evizione, per esempio, quando il venditore pattuisce in modo assoluto di vendere senza garanzia.

Talora lo dispensano espressamente da qualunque indennizzazione e restituzione di prezzo; poichè d'ordinario il venditore, sebbene abbia stipulato l'esclusione della garanzia, è però tenuto alla restituzione del prezzo (art. 1628).

Talora il venditore, non cercando che una parziale esonerazione, fa riservo di non prestar la garanzia al compratore in una tal circostanza determinata, rimanendo però ognidi più astretto agli obblighi ordinari del venditore, quando l'evizione avviene.

Talora finalmente, il venditore, senza negare di prendere il luogo e la difesa del suo compratore per tutte le cause d'evizione che la natura del contratto rilascia a suo carico, pattuisce però, che non sarà tenuto che ad una data quantità di danni ed interessi, ossivvero, che ne sarà assolutamente libero, e che si disobbligherà restituendo il prezzo. Tal clausola si prefigge lo scopo di derogare all'articolo 1630 del Codice civile, che in breve andremo ad esaminare.

473. Ma questa materia è predominata da alcuni principj generali, che conviene esporre e sviluppare.

(1) Ad Pand., *De evict.*, n. 32. V. anche Pothier, *Vente*, n. 191. Distrugge le objezioni tratte dalla legge fin., § 4, C. *Com. legat.*, e Loyseau, *Garantie des rentes*, cap. 1, n. 14 e 16.

(2) L. 7, C. *Com. utriusque judic.* L. 27, C. *De evict.*

(3) Dalloz però adotta questa falsa dottrina, e ripete quel vizioso argomento (*Vente*, p. 880, n. 48). L'opinione da me abbracciata è anche quelle di Duranton, t. 16, n. 264.

A tenore dell'articolo 1628, sebbene sia detto che il venditore non sarà astretto a veruna garanzia, rimane però obbligato a quella che resulta da un fatto a lui personale (1). La ragione si è, che sarebbe contro la buona fede che il venditore il quale trae profitto dalla vendita, facesse ricadere sul compratore il proprio fatto, e gli trasmettesse delle cause di turbativa, di cui sarebbe l'autore, mentre a lui specialmente incombe di proteggerlo. Qualunque sieno le facoltà delle parti nel contrattare, non è in loro potere l'ammettere il dolo nelle loro convenzioni. La buona fede deve ad esse presiedere, e la frode non può impunemente introdurvisi.

Tali idee esponeva Faure nel suo rapporto al tribunato: « Una prima « regola incontrovertibile è quella « che il venditore dee sempre rispon- « dere del fatto proprio. Ancorchè il « contratto portasse ch'egli si è eso- « nerato da qualunque garanzia, « la clausola non potrebbe estender- « si a questo caso particolare; la re- « gola emerge dalla buona fede che « dee presiedere a tutti i contratti; « sarebbe contrario alla giustizia che « il venditore si avvantaggiasse della « sua frode, e *contro ogni ragione il* « *presumere, che l'acquirente abbia* « *voluto concedergli d'ingannarlo im-* « *punemente* (2). »

474. I fatti personali pe' quali il venditore è sempre tenuto, anco quando vi è il patto esclusivo della garanzia, non sono solamente i fatti posteriori alla vendita, e con i quali il venditore tentasse evincere il suo acquirente. Questi fatti cadono senza eccezione sotto il dominio di una inevitabile responsabilità. L'acquirente non può rinunziare al dolo futuro. Una consimile renunzia sarebbe contraria ai buoni costumi (3). I fatti personali non compresi nella clausola escludente la garanzia, sono pure i fatti anteriori alla vendita, e che hanno prodotto l'evizione. Il venditore non può ignorare il proprio fatto. È colpevole di averlo occultato. Rinunziando alla garanzia, non si presume che il compratore abbia voluto autorizzare un inganno tanto contrario alla buona fede. Perciò, mi vendi un immobile che in te è pervenuto mediante un contratto di vendita lesivo, e al quale sovrasta per conseguenza un pericolo di evizione (4). Se questo fatto di lesione, che è il tuo, produce il mio spoglio, sarai responsabile verso me a malgrado del patto esclusivo della garanzia. Nel modo istesso, mi vendi un immobile vincolato d'ipoteche da te create, e che sono la guarentigia de' tuoi debiti personali. La clausola esclusiva della garanzia non ti libererà dal mio regresso, se le ipoteche a me ignote mi evinceranno (5). Parimente, tu hai venduto a Pietro una casa, della quale non ha preso il possesso. Qualche tempo dopo, me la rivendi senza darmi contezza della prima vendita, ed esigi da me la clausola esclusiva della garanzia. È evidente che il tuo fatto personale essendo causa dell'evizione che soffro, ti obbliga ad indennizzarmi. Perciocchè la frode di cui ti sei macchiato non ti può locupletare a danno mio.

(1) Pothier, *Vente*, n. 185.

(2) Fenet, t. 14, p. 165. Locré, t. 7, p. 95.

(3) Voet. ad Pand., *De pactis*, n. 16. Perezio, *Praelect. ad Cod.*, d. tit., n. 9. Pothier, Pand., t. 1, p. 80, n. 59 e 60.

(4) Esempio in un giudicato di cassazione del 12 Decembre 1826 (Dall., 27, 1, 93).

(5) Duranton, t. 16, n. 261.

475. Apparisce da questi dettagli che l'abitudine dei notari di aggiungere senza discernimento alla clausola escludente la garanzia, *eccetto i fatti e le promesse del venditore*, è puramente macchinale, e che d'ordinario nulla aggiunge agli obblighi del venditore, che di dritto e necessariamente è sempre responsabile dei suoi fatti e promesse che partorissero una evizione. Ciò nondimeno vedremo (n. 478) che siffatta clausola può essere utile in alcuni casi eccezionali.

476. Ma si osservi che i fatti e le promesse che l'artic. 1628 eccettua dalla clausola removente la garanzia, debbono essere personali al venditore. Non servirebbe che fossero l'opera di quello da lui rappresentato come erede o successore *ab intestato*.

477. Dopo aver detto nella sua prima parte, che il venditore è sempre astretto alla garanzia de'suoi fatti e promesse, non ostante la clausola esclusiva della garanzia, l'art. 1628 aggiunge: *qualunque convenzione in contrario è nulla* (1); ma ciò esige schiarimento, poichè questo membro dell'articolo avrebbe potuto esser concepito in termini più precisi.

Per intenderlo rettamente, è d'uopo restringere siffatta disposizione proibitiva a due casi. 1° Al caso in cui si trattasse di una convenzione che anticipatamente condonasse al venditore i suoi fatti e le sue promesse posteriori alla vendita, perchè sarebbe un patto contrario ai buoni costumi, e proprio ad incoraggiare la frode. Abbiamo detto (n. 474) che non si può in prevenzione rinunciare all'azione del dolo futuro. 2° Al caso in cui i fatti e le promesse precedenti il contratto non vengono dichiarate, ed il venditore vuol prevalersi del segreto che le avvolge per sorprendere la buona fede del compratore. Il compratore che consentisse ciecamente un patto mediante il quale assumesse a proprio carico tutti i fatti antecedenti del suo venditore, senza farsene informare, sarebbe un atto di follia; favorirebbe delle reticenze dolose; premierebbe la mala fede. Tal patto deve ad evidenza considerarsi come non scritto.

Eccetto questi due casi, il disposto restrittivo del nostro articolo è inapplicabile, e noi sosteniamo che non fu intenzione del legislatore di estenderlo più oltre. Bensì avrebbe dovuto esprimere il suo concetto con più esattezza.

Supponiamo per esempio, che il venditore abbia dichiarato i suoi fatti e promesse anteriori alla vendita. Se ambe le parti convengono che il venditore non ne sarà garante, tal patto sarà lecito e del tutto leale. È anzi frequentissimo nei contratti di vendita, ed il legislatore non può avere pensato l'assurdo di proscriverlo.

È certo, in dritto, che si può rinunziare all'azione nascente dal dolo passato, perocchè con siffatta renunzia non si fa che abbandonare un interesse pecuniario, riparazione di esso dolo. Questa è la ragione per cui la legge delle dodici tavole permetteva la transazione sopra i delitti di furto e d'ingiurie (2); ed è pure per tal ragione, che l'articolo 4 del Codice d'i-

(1) Il principio è desunto da Domat, lib. 1, tit. 2, sez. X, n. 8, il quale basa la sua decisione sopra le regole generali emergenti dalle leggi 1, § 7, D. *De pactis*; 29, § 4, id., *loc. cit.*

(2) L. 7, § 14, Dig. *De pactis*. Pothier, Pandect. *De pactis*, n. 29 e 56. Vinnio *De transactionibus*, c. 4, n. 13.

struzione criminale concede di renunziare all'azione civile contro un delitto già commesso. E dovrebbe esser vietato di convenire che il venditore non sarà garante di certi fatti che lealmente dichiara, fatti leciti in sè medesimi, e che testè riprovavamo solo perchè il venditore gli dissimulava ! ! ! Tostochè la reticenza non esisteva, tutto è conforme alla buona fede, e le parti non eccedono le loro facoltà.

L'articolo 1629, conferma questa interpetrazione da noi data all'articolo 1628. Supponendo che il compratore sia stato notiziato del pericolo dell'evizione, protrae così lungi gli effetti della dispensa dalla garanzia, che esonera il venditore dal restituirne il prezzo. E si noti bene, che non distingue se tal pericolo deriva o nò da un fatto o da una promessa personale al venditore. Ora la notizia acquisita dal compratore del pericolo della cosa, congiunta al patto esonerativo della garanzia, purifica tali fatti e promesse da ciò che potevano contenere d'ingiusto per quegli che acconsente a prender la cosa. È dunque chiaro che la posizione prevista dall'articolo 1628 è affatto differente da quella in cui, dichiarazioni sincere e di buona fede hanno generato dei patti, che a niuna delle parti possono rincrescere.

Finalmente, se rimontiamo alle sorgenti d'onde fu ricavato il § finale dall'articolo 1628, termineremo di convincerci della verità della nostra interpetrazione. Domat, dal quale è stato desunto, lo connette alle leggi Romane, le quali portano: « *Illud non probabit dolum non esse præstandum*, *si convenerit* (1). *Pacta*, *quæ turpem causam continent*, *non sunt observanda.* Ma io chiedo, dove esiste qui il dolo, ov'è la causa turpe? *Dolum malum esse omnem calliditatem*, *fallaciam*, *machinationem ad circumveniendum*, *fallendum*, *decipiendum alterum adhibitum* (2). Tal definizione era qui ben posta? Pothier, che è una guida molto più sicura di Domat, Pothier spiegando la ragione per la quale il patto esclusivo della garanzia lascia a carico del venditore i fatti a lui personali, aggiunge (*Vente*, n. 185): *avvegnachè sarebbe contrario alla buona fede*, *che il venditore il quale non può ignorare il fatto proprio*, *esponesse il compratore alle evizioni che ne possono derivare*, SENZA DICHIARARGLIELE ! ! ! » Questa citazione mi sembra sufficiente per completare la mia dimostrazione, molto più se si confronta con lo squarcio di Faure che ho citato qui sopra.

Concludasi dunque, che se il fatto del venditore precede la vendita, e fu dichiarato al compratore, nulla osta a che una convenzione espressa ne accolli il risico al compratore.

Noi procediamo anco più oltre, e siamo d'avviso, che la dichiarazione fatta dal venditore dell'onere da esso stabilito, equivalendo implicitamente ad una clausola esclusiva della garanzia (3), il venditore sarebbe, per la forza delle cose, liberato da qualunque regresso per evizione, se senza inserire un patto per isgravarsi dalla garanzia, avesse dichiarato il proprio fatto personale.

(1) L. 1, § 7, Dig. *De pactis.*
(2) L. 1, § 2, Dig. *De dolo malo.*
(3) *Supra*, n. 418.

A modo d'esempio, Pietro impone delle ipoteche sull'immobile A, e lo vende a Francesco avvertendolo dei pericoli d'evizione che lo minacciano. Quantunque le ipoteche sieno un fatto personale di Pietro, quantunque il contratto non racchiuda una clausola espressa che escluda la garanzia, non dubito che il venditore nulla abbia a temere in caso d'evizione (*Supra*, n. 418).

Debbo però dire che Duranton (1) non professa tale opinione, e pretende, che trattandosi d'ipoteche concernenti il venditore, la sola dichiarazione che questo ne fà non basti ad esimerlo dalla garanzia. Ma io non cesso per questo di persistere nella mia opinione. Erroneamente in vero Duranton sostiene, che il compratore ha dovuto credere che il venditore dimetterebbe i creditori. Perciocchè, dichiarando al compratore le ipoteche, gli ha a sufficienza fatto sentire, che a lui rimetteva la cura di versare il prezzo in mano ai creditori, ed eseguire la purgazione (2). La purgazione era la legge implicita del contratto, ed il compratore ha saputo, comprando a tal condizione, di essere esposto ad un pericolo di evizione. Egli non può addurre il pretesto dell'ignoranza, nè rivolgersi contro il venditore (3).

Rimarrebbe a sapersi se, in caso d'evizione, il compratore potrebbe ripetere il prezzo da lui sborsato, a malgrado della scienza del pericolo che la cosa correva. Ma tal quistione sarà presa in esame al n. 482.

478. Ma se il venditore, dopo aver dato cognizione del pericolo d'evizione emergente dal fatto proprio e dalle sue promesse, ed avere stipulato la clausola esclusiva della garanzia, aggiungesse *eccetto che de'suoi fatti e promesse*, tale espressione bene spesso inconcludente sarebbe quì utile, non esentando il venditore che dal regresso per una evizione, la causa della quale gli fosse estranea. Ma quella che fosse il resultato di un fatto o di una promessa sua, graviterebbe sopra di lui, ancorchè ne avesse segnalato il pericolo al compratore. E con più ragione si dovrebbe ciò supporre, perchè è probabile che il compratore non avrebbe richiesto la garanzia espressa del fatto e delle promesse del venditore, se una tale manifestazione non l'avesse avvertito d'un pericolo, contro il quale voleva premunirsi.

479. Le formule impiegate per esimere il venditore dalla garanzia, ordinariamente sono queste (4): *senza garanzia*; ovvero, *senza garanzia, eccetto il fatto e le promesse del venditore*; ovvero, *sotto la semplice garanzia del fatto e delle promesse del venditore* (5); o finalmente, *garantire soltanto il suo fatto e le sue promesse*.

480. L'effetto di tutte queste stipulazioni è quello di liberare il venditore dall'obbligo di prendere la difesa, e di esonerarlo da qualunque regresso pe' danni ed interessi, giacchè vedremo con l'art. 1630, che i danni ed interessi si comprendono soltanto nell'azione di garanzia per evizione.

(1) T. 16, n. 259.

(2) *Infra*, n. 610.

(3) Abbiamo già veduto al n. 418, che la semplice cognizione dell'ipoteca avuta dal compratore, non la porrebbe a carico suo. V. la nota al n. 418.

(4) Loyseau, *Garantie des rentes*, cap. 1, n. 16.

(5) Un giudicato di cassazione del 4 Aprile 1827, (Dall., 27, 1, 190), che io cito *infra*, n. 501.

Ma se il compratore è evitto, non perde il dritto di recuperare dal venditore il prezzo a lui sborsato (articolo 1629). « Et si aperte in venditione « comprehendetur, nihil evictionis « nomine præstatum iri, *pretium de-* « *beri, re evicta; utilitatem non de-* « *beri:* nec enim bonæ fidei contra- « ctus hanc patitur conventionem, « ut emptorem amitteret, et vendi- « tor pretium retineret (1). » Il venditore non deve perdere e cosa e prezzo insieme. Sarebbe trattato con troppa durezza.

481. Siffatta regola bensì non è invariabile, e soffre una frequente e notabile eccezione, 1° quando il compratore ha comprato a suo risico e pericolo, a un dipresso come quando si compra un getto di rete (2); 2° quando il compratore ha avuto la scienza, al momento della vendita, del pericolo dell' evizione, e che nonostante ha convenuto il patto escludente la garanzia.

Nell'antica giurisprudenza, i più gravi scrittori (3) non ammettevano che la scienza avuta dal compratore del pericolo della cosa ostasse alla repetizione del prezzo. Trovavano ingiusto che il venditore si locupletasse a danno del compratore, e traesse profitto dal prezzo, mentre il compratore perdeva la cosa. Questo era il sistema della scuola di Cujacio. Aveva egli basato tale opinione equitativa sopra una ingegnosa interpetrazione della lagge 27, Cod. *De evict.*, che egli conciliava con molta destrezza con la legge 11, § 18, da noi succitata, e sembra inoltre che Cujacio pensasse che la repetizione del prezzo avesse luogo, ancorchè nel contratto si fosse inserita la clausola escludente la garanzia (4).

Accursio, Bartolo, e quasi tutta l'antica scuola opinava, all'opposto, che il compratore, il quale aveva sborsato il prezzo conoscendo il pericolo della cosa, non avesse dritto a recuperarlo; alcuni giudicati ancora erano stati proferiti in questo senso, a testimonianza di Voët, e così decidevano, ancorchè non vi fosse stato il patto relativo all'esclusione della garanzia. Sul fondamento della legge 27, Cod. *De evictionibus*, da essi intesa alla lettera, pensavano che la sola cognizione posseduta dal compratore del pericolo della cosa, bastasse a far credere che aveva inteso di acquistare una semplice pretensione (5).

Una opinione intermedia era stata insegnata da Voët sulle traccie di altri scrittori più antichi (6): consisteva nel rigettare il sistema della scuola di Bartolo, ogni qualvolta non vi fosse che una semplice cognizione della causa dell' evizione; ma nel negare la repetizione del prezzo, allorchè alla scienza del pericolo della cosa, aggiungevasi la clausolá espressa dell' esclusione della garanzia. « Sed ta- « men ad pretii restitutionem (ven- « ditor) obstrictus est, *nisi emptor*

(1) L. 17, § 18, Dig. *De act. empt.* Cujacio, sopra questa legge. Despeisses, p. 28, col. 1, *in fine.* Voet, *De evict.*, n. 32. Fachinèo, lib. 2, cap. 40. Pothier, *Vente*, n. 186.

(2) Pothier, *Vente*, n. 187.

(3) Cujacio, sopra la l. 27, C. *De evict.* Despeisses, *loc. cit.* Pothier n. 188, 189. Decisione della corte di Parigi del 12 Marzo 1808 (Dall., *Vente*, p. 880).

(4) *Quoniam etiamsi convenerit* nominatim ne evictio præstetur, *tamen* emptori superest, re evicta, repetitio pretii (*loc. cit.*).

(5) Si consulti Fachinèo, *Cont.*, lib. 2, c. 30, e Brunemanno, sulla legge 27, C. *De evict.*

(6) Ad Pand. *De evict.*, n. 31 e 32.

« *scivisset rem alienam esse, et tamen pactum tale, ne de evictione teneatur, a venditore passus esset.* « Cum ita neutiquam ab alio captus « videri posset, sed magis semetipsum « decepisse, aut saltem habuisse pretii in omnem eventum donandi propositum (1). »

482. Quest'ultimo partito è quello che prevalse presso i compilatori del Codice civile; perocchè, mediante l'articolo 1629 ad evidenza calcato sul sentimento di Voët, hanno prescritto il concorso di due circostanze: 1° la scienza nel compratore del pericolo della cosa; 2° un patto esclusivo della garanzia.

Quindi, la sola cognizione che la cosa è altrui non è un motivo sufficiente per respingere la repetizione del prezzo, e per far risolvere che il compratore ha inteso di far l'acquisto d'una mera pretesa. Ha potuto sperare, come Voët osserva, che il venditore prenderebbe delle misure per togliere le molestie; ha pagato in questa credenza, con questa implicita condizione, nè si presume che abbia voluto fare il sacrifizio definitivo del prezzo, donandolo al venditore.

È vero che l'articolo 1599 del Codice civile risolve, che quando il compratore ha saputo la cosa spettare ad altri, non ha dritto a reclamare i danni ed interessi (*Infra*, n. 503). La scienza del pericolo equivale ad una clausola esclusiva della garanzia, ma solo per ciò che riguarda la cessazione dell'obbligo di prendere la difesa, e d'indennizzare il compratore delle perdite che ha sofferte in sequela della evizione (2). Ancora Cujacio era di questa opinione. Esso non negava che a tenore della legge 27, Cod. *De evict.*, il compratore informato del pericolo della cosa era irricevibile nella sua dimanda di danni ed interessi. Decideva anzi, che se per ritenere il possesso della cosa che sapeva appartenere ad altri, o essere affetta ad un creditore ipotecario, il compratore era costretto ad un qualche pagamento, non aveva regresso contro il suo venditore. *Contra juris rationem poscit*, ei diceva, *quod eo nomine dedit, puta, si domino rem vindicanti solvit æstimationem litis, vel si creditori pignoratitio pignus vindicanti, solvit debitam quantitatem*. Ma opinava che rapporto alla restituzione del prezzo, la cosa fosse assai diversa, ed in ciò emetteva un sentimento logico ed in perfetta armonia con gli articoli 1599, 1628 e 1629 del Codice civile (3).

Ma se ad onta di questa cognizione del pericolo, il compratore consente il patto che il venditore non presti la garanzia, allora non vi è più dubbio. È certo che il venditore ed il compratore hanno voluto contrattare sopra una semplice pretensione, e che il prezzo non fa che rappresentare questa possibilità aleatoria.

483. Si è veduto che la semplice cognizione del pericolo della cosa acquisita dal compratore, non gli preclude la via ad ottenere la restituzione del prezzo.

Accade lo stesso se questa cognizione è stata data dal venditore

(1) Idem, n. 32.

(2) Art. 1628, e *supra*, n. 480.

(3) Questo è ancora il parere di Duranton, t. 16, n. 263.

mediante una dichiarazione espressa contenuta nel contratto di vendita?

La corte di Parigi ha statuito, con decisione del 16 Luglio 1832 (1), che il compratore può repetere il prezzo. Nella fattispecie trattavasi d'un patto resolutivo che il venditore aveva dichiarato al compratore. La corte opinò che tal dichiarazione non equivalesse al patto espresso esonerativo dalla garanzia voluto dall' art. 1629 del Codice civile, ed autorizzò il compratore a repetere il prezzo.

Da un altro lato, Duranton pretende che vi sia equipollenza fra la dichiarazione del dritto che genera il pericolo, ed una stipulazione esimente dalla garanzia, e che perciò il compratore non possa reclamare la restituzione del prezzo (2).

Adotto l' opinione della corte di Parigi come più equitativa, e più giuridica. Ci dobbiamo guardare dall' estendere una disposizione severa, sotto pretesto di analogie che non sono sempre irrefragabili. La legge esige una clausola escludente la garanzia. Qualunque volta non si riscontra espressamente, dobbiamo applicare la disposizione che permette la repetizione del prezzo, e che costituisce il dritto comune.

L' articolo 1626 pacifica invero la dichiarazione del pericolo fatta dal venditore ad un patto escludente la garanzia. Ma ciò è soltanto riguardo all' obbligo della difesa, e della refezione de' danni ed interessi, perchè in tal caso non si può supporre che il venditore abbia inteso di garantire il compratore dalle molestie che gli denuncia al solo oggetto di farlo stare in guardia. Ma è noto che si può essere liberi dalla garanzia, e nondimeno essere astretti alla restituzione del prezzo. Ebbene! per far cessare l' obbligo di restituire il prezzo, la legge non si contenta d' induzioni, di dispense implicite. Vuole un riservo espresso, un patto removente la garanzia, che agisca sul compratore in un modo diretto, ecciti la sua attenzione, e lo ponga in grado di ponderare i casi ai quali si espone pagando il prezzo. È ben naturale, trattandosi d' una situazione tanto enorme, d'una renunzia tanto insolita, che la legge esiga una volontà precisamente manifestata.

Prendiamo l'esempio deciso dalla corte di Parigi. Si comprende benissimo che dichiarando il patto resolutivo, il venditore siasi esonerato dall' obbligo di prestar soccorso al compratore in caso di turbativa, e che sia cosa ingiusta, che in caso d' evizione quest' ultimo chieda i danni ed interessi per uno spoglio che si è ben potuto aspettare. Ma riguardo alla restituzione del prezzo, ov' è la prova che il compratore sborsandolo ha voluto perderlo? Qual' è l' indizio assai veemente per concludere che il venditore l' ha ricevuto a titolo di donazione? Confesso di non scorgere alcuna differenza fra il caso in cui il compratore ha acquistato la scienza del pericolo con la dichiarazione del venditore, e quello in cui tale scienza è stata in lui portata da una circostanza estrinseca; e trovo poco razionale che Duranton, il quale ammette la repetizione del prezzo nel secondo caso, la rigetti nel primo. Insomma, è già bastante che il codice abbia ammesso al patto espresso esonerativo della garanzia una eccezione

(1) Dall., 32, 2, 214.
(2) T. 16, n. 261, p. 272.

perentoria della repetizione del prezzo; non la dobbiamo amplificare con perenzioni ricavate da dubbie analogie, repugnanti alla buona fede.

484. Quando vi è il patto removente la garanzia, la scienza di cui parla l'articolo 1629 non è soltanto quella che proviene dalla cognizione espressa data dal venditore del pericolo della cosa, ma quella eziandio che il compratore poteva avere all'epoca del contratto per qualunque siasi causa.

Spetta al venditore il provare che il compratore sapeva il fondo essere altrui, o essere gravato dell' onere che ne ha prodotto la evizione (1); simile circostanza non si presume facilmente a forma dell' articolo 2268 del Codice civile.

(1) Pothier, *Vente*, n. 188.

485. Al lato della dispensa implicita dalla restituzione del prezzo, si colloca la dispensa convenzionale stipulata dal venditore. Quando il compratore non ha voluto acquistare a suo risico e pericolo, ovvero quando ha ignorato la causa dell' evizione, le clausole escludenti la garanzia di cui abbiamo parlato al n. 479, sono impotenti ad impedire al compratore di repetere ciò che ha pagato. Ma se lascia inserire questa clausola, *senza garanzia, nè restituzione di denari*, il prezzo gli sfugge irrevocabilmente. Di ciò lo avvertiva Loyseau con le parole seguenti: « Ma bisogna passare « oltre, se uno vuole liberarsi dal « restituire il prezzo, ed è d' uopo « che dica, *senza garanzia, nè restituzione di denari* (2). »

(2) *Garantie des rentes*, cap. 1, n. 16.

ARTICOLO 1630.

Quando siasi promessa la garanzìa, o nulla siasi stipulato su tale oggetto, se il compratore ha sofferto l'evizione, ha diritto di domandare dal venditore:

1° La restituzione del prezzo;

2° Quella dei frutti, quando sia obbligato di restituirli al proprietario da cui fu rivendicata la cosa;

3° Le spese fatte per la denunzia della lite al suo autore, e quelle fatte dall'attore principale;

4° Finalmente i danni ed interessi, come pure le spese, ed i legittimi pagamenti fatti per il contratto.

ARTICOLO 1631.

Quando all' epoca dell' evizione, la cosa venduta si trova diminuita di valore, o notabilmente deteriorata, tanto per negligenza del compratore, quanto per l'accidente di una forza irresistibile, il venditore è egualmente tenuto a restituire l' intiero prezzo.

ARTICOLO 1632.

Se però il compratore ha ricavato un utile dalle deteriorazioni da esso fatte; il venditore ha dritto di ritenere sul prezzo una somma corrispondente all' utile predetto.

SOMMARIO.

486. Obblighi del venditore in caso d' evizione, allorchè il contratto non modifica la garanzia legale.
487. Deve restituire il prezzo.
488. Deve restituirlo nella sua integrità, ancorchè la cosa avesse subìto una deteriorazione. Conciliazione di siffatta regola con la massima *res perit domino.*
489. *Quid*, se è perita in parte?
490. *Quid*, se il fiume ha restituito da una parte ciò che ha tolto dall' altra?
491. Quando il compratore ha ricavato un utile dalla degradazioni, deve sopportare un defalco sul prezzo fino alla debita concorrenza.
492. Il venditore deve altresì ritenere sul prezzo la somma sborsata al compratore per oneri non manifestati, e per difetto di quantità.
493. E per miglioramenti anteriori alla vendita, di cui l' acquirente ha ricevuto l' importare dal terzo detentore che lo ha evitto.
494. *Quid*, se l' oggetto venduto è un ente successiva che non ha una durata perpetua. Disparere con Molinèo rapporto ad un animale, la vita del quale è limitata, e che non è stato evitto che dopo un certo tempo di possesso.
495. Il prezzo che il venditore deve restituire è quello che è specificato nel suo contratto. Ma se vi sono state più rivendite fatte a prezzi differenti, il venditore è debitore del prezzo più elevato. Rinvio.
496. Essendovi più acquirenti successivi, l' ultimo può scegliere quello che ha pagato il prezzo più elevato, e sostenere che ha dritto a sperimentare le di lui ragioni contro il venditore? Opinioni positiva e negativa.
497. Rigetta di quella di Pothier.
498. Per il ricupero del prezzo, il compratore ha l' azione contro il venditore ed i di lui eredi soltanto, o anche contro i creditori, a cui l' ha distribuito, *quia suum receperunt?*
499. Il venditore deve restituire al compratore i frutti che questo sia stato condannato a pagare al rivendicante.
500. Il venditore deve similmente restituire le spese fatte per la domanda di garanzia dal compratore, e le spese della domanda principale.
501. Deve restituire anco i frutti e le spese legali.
502. Infine deve indennizzare il compratore. Questo è uno degli effetti caratteristici dell' obbligo di garantire.
503. I danni ed interessi sono cosa distinta dal prezzo. Cattiva giudicato della corte di Colmar, che rinnova un vecchio errore di Rebuffe. Vera teoria insegnata su tal proposito da Molinèo, sola scorta sicura in questa materia.
504. Estensione della domanda di danni ed interessi.

COMENTO.

486. L' articolo 1630 si allontana dalle eccezioni autorizzate dagli articoli 1627, 1628 e 1629; ritorna allo stato normale in fatto di garanzia; determina le obbligazioni del venditore, allorchè i suoi sforzi tendenti alla difesa sono stati infruttuosi, e che l' evizione ha spogliato il compratore.

Andiamo a spiegarle.

487. La prima e capitale sua obbligazione (1) è quella di restituire il prezzo ricevuto (2), perchè il prezzo non è stato pagato che in contemplazione della cosa, la di cui proprietà sfugge al compratore. Abbiamo veduto all'articolo 1629, che quest' obbligo è tanto rigoroso, che

(1) *Infra*, n. 500. Molinèo, *De eo quod interest*, n. 68.

(2) Sull' estensione del vocabolo *Prezzo*, V. *Supra*, n. 164.

incombe al venditore, anco quando va esente dalla garanzia. Quanto a più forte ragione, allorchè si è assunto quest' obbligo!

488. Il prezzo deve restituirsi integralmente, quand'anco la cosa fosse stata deteriorata per forza maggiore, o anco per la negligenza del compratore. A prima vista tal principio può sembrar contrario alla regola *res perit domino*. Ma riflettendovi, si trova che la quistione è dominata da ragioni particolari, e che siffatta regola non deve ricevere applicazione. Infatti, il compratore di buona fede si crede proprietario in virtù del suo titolo. Come tale, può usare ed abusare. *Qui quasi suam rem neglexit, nulli querelæ subjectus est* (1). Non ha ragione il venditore di farne doglianza, perocchè egli si era obbligato ad assicurare la proprietà al compratore, e gli ha infuso quella coscienza del suo dritto che lo ha portato ad agire da padrone. Sarà dunque intieramente conforme alla giustizia il non imputare al compratore i deterioramenti da lui provenienti. Ciò posto, come potrebbonsi far gravitare sopra di lui i deterioramenti derivanti da forza maggiore? Quale equità vi sarebbe nel far lucrare al venditore una parte del prezzo in una operazione nella quale ha indotto in inganno il compratore? Molinèo ha espresso queste idee, con la precisione e l'energia che gli sono familiari. « Cur tu, cum « non esses dominus (2), nullique « juris haberes, lucraberis partem « pecuniæ meæ, cum jactura mea, « prætextu deteriorationis etiam ca- « sualis? cur qui non dominus et « alium decipit, versabitur in lucro, « deceptus vero in damno (3)? »

489. Il fin qui detto intorno alla deteriorazione della cosa, si applica alla perdita d'una di lei porzione? La quistione non è senza difficoltà. Prendiamo un esempio per risolverla. Compro da te una prateria di 1,000 jugeri. Il fiume ne trasporta 200, e tosto appresso un terzo che era proprietario della totalità della prateria mi evince gli 800 jugeri rimanenti. Avrò azione per la totalità del prezzo che ti ho sborsato, ossivvero per i quattro quinti?

Papiniano nella legge 64, Dig. *De evict.*, decide che sarà tenuto per il totale. *Si totus fundus quem flumen diminuerat evictus sit jure, non diminuetur evictionis obligatio, non magis quam si* FUNDUS DETERIOR FACTUS SIT. Molinèo applaude a questa opinione (4); ma Pothier la rigetta, e vuole che la perdita dei 200 jugeri ricada sul compratore (5), per la ragione che non può essere evitto ciò che non esiste (6).

Quest' ultima opinione, benchè assai equa, mi sembra respinta dai termini dell' articolo 1631. Esso vieta al venditore di fare detrazione dal prezzo, *sia che la cosa si trovi notabilmente deteriorata, sia che si trovi* DIMINUITA DI VALORE. Atteniamoci a queste ultime parole, e riconnettiamole con quelle che terminano l'articolo, *per accidenti di forza irresi-*

(1) L. 31, § 3, Dig. *De hæred. petit.*
(2) Parla del venditore.
(3) Molinèo, *loc. cit.*, n. 69.
(4) *De eo quod interest*, n. 11 e seg.
(5) Pothier, *Vente*, n. 156.

(6) Ciò che ha complicato la presente quistione (V. Molinèo, ed i glossatori), si è, che Papiniano, pochi versi prima, risolve tutto l'opposto, allorchè l'evizione cade sopra una parte della cosa, e non sopra il tutto.

stibile. Or bene, non saremo noi nel caso previsto da Papiniano? Perciocchè il distacco di 200 jugeri di prateria operato dal fiume, *diminuisce il valore dell'immobile per effetto di un accidente di forza maggiore !!*

Il motivo di questo disposto del nostro articolo si è, che sebbene sovente la perdita della cosa sia governata da regole diverse da quelle del di lei deterioramento (art. 1182 del Codice civile), non così però avviene nella nostra specie, in cui trattasi di una perdita particolare, perchè il contratto di vendita essendo risoluto, l'acquirento dev' esser rimesso nel medesimo stato in cui era prima del contratto, e nulla deve perdere in una transazione, cui il fatto del venditore ha tolto ogni resultato.

490. *Quid*, se il fiume avesse restituito per alluvione, ciò che avesse altrove inghiottito? Ponendo da un lato le molte sottigliezze in cui sono incorsi gl' interpetri sopra la legge 64, Dig. *De evict.*, sono di parere che avverrà una compensazione. Il compratore potrà esigere l' intiero prezzo come ho già detto. Ma non avrà dritto di reclamare dei danni ed interessi per la perdita dell'alluvione; giacchè siffatto aumento essendo controbilanciato dalla perdita dei 200 jugeri, l'immobile non avrà aumentato di valore all'epoca dell' evizione; il di lui valore sarà quello stesso che aveva all' epoca della vendita (arg. dell' art. 1633).

491. Quando il fondo si trova diminuito di prezzo per effetto di degradazioni, dalle quali il compratore ha tratto un vantaggio, come per esempio, se ha venduto degli alberi d'alto fusto senza che in seguito sia stato costretto ad indennizzarne quello a cui ha dovuto rilasciare il fondo, il venditore avrà dritto a fargli un defalco sul prezzo che deve restituirgli. Il motivo si è, che senza tal defalco, il compratore riceverebbe due volte il valore di essi alberi, la prima volta da quello a cui gli avesse venduti, la seconda dal suo autore, mediante la restituzione del prezzo originario della cosa (art. 1632) (1).

492. Questa deduzione sul prezzo non è la sola.

Il venditore dee ritenere ciò che avesse pagato al compratore per indennizzarlo d'un onere reale non dichiarato all' epoca della vendita, o d'un difetto di quantità (2). Perocchè ciò che ha dato è in sostanza la restituzione d'una porzione del prezzo (art. 1617). Egli non deve restituire due volte (3).

493. Il venditore può eziandio ritenere il valore de' miglioramenti fatti prima della vendita, e il prezzo dei quali è stato sborsato al compratore dal terzo evincente. Infatti, questi miglioramenti sono stati uno degli elementi del prezzo principale. E siccome il compratore ha ricevuto l' equivalente di questa parte del suo disborso mediante l' indennità pagatagli dall' attore in rivendicazione, perciò egli è ormai sodisfatto, e nulla ha più da chiedere al venditore (4).

494. Quando l'oggetto venduto è un ente successivo privo di una perpetua durata, siccome un usufrutto,

(1) Pothier, *Vente*, n. 122. Delvincourt, t. 3, n. 377. Duranton, t. 16, n. 286. Mio comento sopra le Ipoteche, n. 834.

(2) L. 48, Dig. *De evict.* Duranton, t. 16, n. 286.

(3) Pothier, *Vente*, n. 122.

(4) Idem, n. 121.

un affitto, e che il compratore ne è evitto, il venditore non è tenuto a restituire il prezzo che in proporzione del tempo che resta a scorrere, e durante il quale il compratore avrebbe posseduto (1); perocchè l'evizione non si opera su tutta la cosa, ma toglie al compratore una di lei sola porzione, cioè il godimento futuro. *Quia in effectu*, dice Molinèo, *non tota res vendita, sed solum quædam portio evicta est; alioquin inveniretur emptor habere rem et fructus seu commoda rei totius in effectu proprietatis, et nihilominus totum pretium repeteret, quod esset absurdum et iniquum* (2).

Molinèo vuole ancora che tal decisione si estenda alla vendita d'un cavallo, o di qualunque altro animale, la vita del quale è limitata, e la di cui evizione avviene dopo un certo tempo di godimento (3). Il compratore ha tratto partito dall'oggetto venduto, dic'egli, finchè non è stato evitto. Forse non gli restava che poco tempo a goderne, sia per la vecchiezza dell'animale, sia perchè la morte lo minacciava. Sarà giusto che esso ricuperi la totalità del prezzo: *cum intus habeat totum fere commodum et fructum prævisæ fruitionis et usus?* Pothier, che di rado si separa da Molinèo, accetta questa decisione (4).

Ma io la credo poco solida, almeno pe' principj del Codice civile. Quando acquisto un animale, lo acquisto come un tutto indivisibile, per averne la proprietà in un modo assoluto, a un dipresso come un immobile. Se poi, il tempo che abbrevia la sua vita, ne ha diminuito il valore all'epoca dell'evizione, l'articolo 1631 non vuole che ce ne occupiamo, e su questo punto è troppo assoluto per dare adito agli scrupoli esagerati, e forse troppo sottili di Molinèo.

495. Il prezzo che il venditore è tenuto a restituire, è quello specificato nel suo contratto. Tal verità è evidente, se l'immobile non ha subìto che una sola trasmissione.

Ma essendovi più successive alienazioni per prezzi diversi, due quistioni si presentano, una delle quali, secondo alcuni giureconsulti, rende la nostra regola per lo meno dubbia, e l'altra gli crea una notevole eccezione.

Mi limiterò per ora ad accennare la seconda di tali quistioni. Poichè, siccome essa si collega ai principj che dobbiamo sviluppare sulla materia dei danni ed interessi dovuti dal venditore, sarà meglio collocata al n. 506. Essa conduce a questo resultato degno di osservazione, cioè, che essendovi varie rivendite per prezzi differenti, l'ultimo de' quali supera tutti gli altri, il venditore originario è tenuto a questo prezzo più elevato (5), ancorchè quello da lui ricevuto sia di gran lunga inferiore a quello sborsato dall'ultimo acquirente evitto.

496. Rapporto all'altra quistione, trova qui il suo luogo, e noi andiamo a discuterla. Consiste essa nello stabilire, se essendovi varj acquirenti successivi, l'ultimo può scegliere fra loro quello che ha sborsato il

(1) Pothier, *Vente*, n. 162, 163.
(2) *De eo quod interest*, n. 125.
(3) *Loc. cit.*, n. 127, 128.
(4) N. 164.
(5) Decisione di Cassazione, 12 Dec. 1826 (Dall., 27, 1, 93). Pothier, *Vente*, n. 147.

prezzo più considerabile, sostenere di essere per ministero di legge subentrato nelle di lui ragioni, ed esercitarle contro il venditore all'oggetto di ricevere da lui una somma maggiore di quella che ha personalmente pagata.

Prendiamo per ipotesi la specie d'un giudicato proferito dalla corte di Bourges il 5 Aprile 1821 (1).

Bichon vende il 26 Nevoso anno VIII, a' conjugi Berthaut una casa per una vendita vitalizia di 250 fr.

Il 22 Marzo 1806, questi rivendono per 5,500 franchi a' conjugi Cornulon, i quali dal canto loro subalienano ai conjugi Le Charbonnier per una somma di 4,000 fr., *con surroga ne' loro dritti* contro a' conjugi Berthaut.

Finalmente, il 1° Febbrajo 1817, quarta vendita ai Signori Louant per 3,500 fr., *con simile surroga*.

I conjugi Louant avendo sofferto l'evizione, reclamano da' conjugi Berthaut, venditori originari, non i 3,500 franchi da loro sborsati ai Signori Le Charbonnier, ma i 5,500 franchi che i conjugi Cornulon hanno pagato ai conjugi Berthaut per prezzo della vendita. Avanzano altresì una domanda di danni ed interessi, di cui qui non debbo occuparmi.

La corte di Bourges, chiamata a conoscere di tal quistione, la decise contro gli attori.

« Considerando disse, che l'ac-« quirente evitto dev'essere inden-« nizzato di qualunque perdita; che « la prima è il prezzo dell'acquisto, « e che tal prezzo è la somma da « esso sborsata al suo venditore; « che invano opporrebbe il subin-« gresso nei dritti di quest' ultimo « per ricercare fra i precedenti ac-« quirenti quello che ha compra-« to a più caro prezzo, e reclamar-« lo in vece sua; che se ciò fosse, « l'evizione sarebbe per lui la causa « d'un benefizio che gli è estraneo, « e che non può reclamarne verun « altro, oltre quello che resultasse « dall'aumento di valore che la cosa « avesse risentito dalla vendita fatta « a suo prò, etc. »

Questa decisione è contraria all'opinione di Pothier (2).

« Il secondo compratore, ei di-« ce, potrebbe, offrendo di farmi « quietanza di ciò che gli debbo per « parte mia, esercitare in mia vece « ed a suo vantaggio le mie azioni « contro il mio primo venditore, per « la restituziune del prezzo di 10,000 « franchi? Si potrebbe sostenere che « sì, perchè quando vendo una co-« sa a taluno, è come se gli ven-« dessi e gli trasferissi tutti i dritti « e le azioni le quali mirano a fare « avere quella cosa, e perciò l'azio-« ne *ex empto* che mi spetta con-« tro il mio venditore, *ut præstet* « *rem habere licere*; lo che sembra « comprendersi nell'obbligo che io « stesso verso di lui contraggo, *præ-* « *standi ei rem habere licere*. »

È visibile la diversità che esiste fra questa dottrina di Pothier, ed il giudicato della corte di Bourges. Pothier vuole, che il dritto del compratore trapassi nel di lui successore per opera della legge, e senza espressa cessione; all'opposto la corte di Bourges è d'avviso, che una surroga generale e non precisa, è inefficace a trasfondere un dritto, il

(1) Dalloz, *Vente*, p. 882, 883.

(2) *Vente*, n. 149.

quale non può trasferirsi senza una cessione speciale e certa.

Fra queste due opinioni, quale deve prevalere? Cominciamo con ispogliare la decisione della corte di Bourges dalla quistione incidentale di fatto, che elevava il patto del subingresso; perocchè tal quistione non possa risolversi senz'avere sott'occhio l'atto medesimo che l'ha generata. Tal clausola era di stile? Ovvero al contrario porgeva essa la prova d'una volontà ben ponderata? L'ignoro, ed elimino in conseguenza questo punto secondario. Io voglio raziocinare unicamente sopra una quistione di dritto, e confesso che su questo terreno, la decisione della corte di Bourges mi sembra meritare la preferenza. Ecco perchè.

497. Nella vendita d'una cosa, il compratore viene investito per opera della legge di tutte le azioni reali spettanti al venditore rapporto a quella cosa. Quindi l'azione possessoria essendo *in rem scripta*, trapassa nel compratore senza cessione espressa (1). Quindi se la casa venduta aveva un dritto di servitù sul fondo limitrofo, il compratore ne godrà, e potrà senza cessione obbligare il vicino a riconoscere il suo dritto, in quel modo stesso che avrebbe potuto farlo il venditore.

Quanto alle azioni personali, l'acquirente è del pari investito di pieno dritto di tutte quelle che il suo venditore avrebbe potuto esercitare per il vantaggio della cosa venduta. Trapassano in lui per evitare un giro, e si presume che il venditore glie le abbia cedute nell'obbligarsi *ad præstandum rem habere licere*.

(1) Olea, *De cessione jurium*, t. 6, q. 5, n. 29.

In tal guisa Pietro loca la sua casa a Giacomo per tre anni; prima che questo termine spirii, la vende a Martino. Al finire dell'affitto, questo che non vuol più affittuarj, intima a Giacomo di sgombrare il luogo. Lo può fare; perchè, sebbene non abbia con Giacomo alcun contratto, e che a ragione non gli spetti l'azione *locati*, per un contratto di locazione in cui non ha preso parte, nondimeno per evitare un rigiro d'azioni sarà attore legittimo all'effetto di costringere l'affittuario a sloggiare, e a rilasciargli il possesso della casa.

Devesi dire lo stesso di tutte le azioni, le quali possono esistere per utilità della cosa venduta (2).

Ma quantunque volte un dritto non è necessario all'acquirente per acquistare o conservare la cosa, non gli è devoluto per ministero di legge, e senza cessione. Pongo in questa categorìa l'azione in garanzia, e ne vedo la prova decisiva: 1° nella presunzione che il secondo venditore esibendosi garante personalmente responsabile non abbia inteso abdicare il suo proprio regresso contro quello da cui tiene il suo dritto; 2° nell'essere avverso ad ogni probabilità che il compratore, il quale ha costituito per suo unico garante il di lui venditore immediato, abbia inteso d'acquistare un'azione alla retrogaranzia, la quale per il meno sarebbe una superflua cauzione nel caso della solventezza di quello con cui ha contrattato; 3° infine, in questo cioè, che se l'ultimo compratore fosse veramente acquirente di quest'azione, bisognerebbe giungere a dire, che potrebbe da un canto far-

(2) Toullier, t. 6, n. 123.

si indennizzare dal suo venditore immediato in forza del contratto di vendita, e dall'altro canto esercitare l'azione del medesimo venditore contro il venditore originario in virtù della surroga; resultato cotanto iniquo confina quasi con l'assurdità.

A dir vero, come già ho detto (n. 437), nulla osta, che a forma dell'articolo 1166 del Codice civile, l'ultimo compratore possa esercitare le ragioni del venditore contro il venditore originario per farsi indennizzare. Ma, si osservi bene; tal regresso di pieno dritto si limita alle repetizioni che il compratore può esigere dal suo debitore diretto; tostochè ne ha ricevuto l'ammontare, addiviene un terzo (*penitus extraneus*), per ciò che inoltre può restare ad avere il suo debitore; deducendo il dritto di quest'ultimo, dedurrebbe il dritto di un terzo; *interesse cessante, quis audiri non debet* (1). Questa è la gran differenza che passa fra il dritto che il compratore esercita in virtù d'una cessione espressa, e quello che esercita in virtù dell'articolo 1166 del Codice civile. Essendovi cessione, succede in tutte le ragioni del cedente; ne approfitta totalmente come di cosa sua propria; all'opposto, agendo senza cessione ed in virtù dell'articolo 1166 del Codice civile, non si vale delle ragioni del suo debitore che *prorata* di quanto gli è da questo dovuto, e l'eccedenza gli sfugge come cosa altrui.

498. Per concludere le nostre osservazioni su ciò che concerne la restituzione del prezzo, ci rimane a dire, che il compratore evitto ha l'azione per ricuperarlo non solo contro il venditore o i suoi eredi e successori, ma anco contro i creditori del medesimo venditore a'quali l'avesse sborsato. Le leggi Romane invero niegavano formalmente al compratore la repetizione delle somme da lui versate in mano dei creditori, i quali non avevano fatto che ricevere ciò che loro era dovuto; *suum receperunt* (2). In questo sistema supponevasi con assai speciosità che fosse come se l'acquirente avesse rimesso i fondi al debitore, il quale poi gli avesse distribuiti ai creditori. D'onde, la regola fissata dal giureconsulto Paolo, REPETITIO *nulla est ab eo qui suum recepit, tametsi ab alio, quam vero debitore solutum est* (3).

Ma qualunque siasi l'autorità delle leggi Romane, ho disopra dimostrato (n. 432), che l'antica giurisprudenza Francese se ne era su tal punto allontanata, e non vi è ragione per riaccostarvisi, oggidì che il Codice civile ha concesso ancora maggiore impero all'equità. Il compratore che ha dimesso i creditori, non è stato guidato da un sentimento di generosità spontanea per il debitore. Ha agito in qualità di obbligato a titolo di compra. Ma se questo titolo svanisce, se la sua qualità di compratore è cancellata dall'evizione, altro non rimane che un pagamento fatto per errore. Siamo nel caso dell'articolo 1377 del Codice civile, ed è necessità applicarlo, a pena di alterare la causa che ha presieduto al pagamento. Tale è del resto l'opinione

(1) Sono parole del Cancerin, nel suo capitolo intitolato: *De tertiis oppositoribus*, part. 2. V. anco il suo cap. 18, part. 1, n. 16.

(2) L. 1 e 2, C. *Creditorem evictionem pignoris non debere.*

(3) L. 44, D. *De condict. indeb.*

unanime degli scrittori moderni (1); e la corte reale di Colmar ha deciso in senso opposto per una predilezione troppo grande delle leggi Romane, delle quali si è mostrata meglio istruita che del dritto Francese (2).

499. Passiamo al secondo titolo di repetizione che l' acquirente può promuovere contro il venditore.

Il compratore può essere stato condannato dalla sentenza che l'obbliga al rilascio della cosa al terzo rivendicante, a restituirgli i frutti da esso percetti. Il venditore dee renderlo indenne da questa restituzione (3).

500. Il venditore è tenuto inoltre a rimborsarlo (ed ecco il terzo titolo di repetizione), 1° delle spese che è stato in obbligo di anticipare per ottenere da lui la garanzia; 2° delle spese del giudizio principale sostenuto contro l'attore in rilascio; nondimeno il venditore non deve tali spese se non che dopo essere stato chiamato a causa, salvo quelle del primo atto fatto dall'attore medesimo; d'onde consegue, che se il compratore avesse sostenuto la lite fino all' esito senza citarlo, non vi sarebbe repetizione d' altre spese oltre quella dell' atto originario che ho rammentato. Il compratore, coll'avere assunto la causa in proprio, dovrebbe egli solo sopportarne le spese (4).

Lo stesso avviene, se il venditore insinuato alla difesa, dichiara non averne mezzo alcuno, e ciò nondimeno il compratore ha voluto continuare la causa a suo risico e pericolo; il garante cessa di esser tenuto alle spese tosto che dichiara la lite essere ingiusta (5).

501. In quarto luogo, il compratore ha dritto di farsi rimborsare le spese e funzioni del contratto, che ha pagate in conformità dell' articolo 1593 del Codice civile, le spese di purgazione, di misurazione, etc. (6).

502. In quinto luogo, finalmente, il compratore ha dritto alla refusione dei danni ed interessi, per il pregiudizio che gli cagiona l' evizione. Tal dritto è annesso all' obbligo della garanzia, ed è uno dei suoi effetti caratteristici. La restituzione del prezzo spesso avviene senza che il venditore sia per ciò tenuto alla garanzia (7). Ma all' infuori di patti peculiari non esiste azione di garanzia senza facoltà di chiedere dei danni ed interessi, se tuttavia però lo spoglio ha prodotto un detrimento al compratore.

503. I danni ed interessi sono adunque qualcosa di differente dal prezzo: *in id quod* SUPRA PRETIUM *interest emptoris*, dicono Molinèo (8) e Pothier (9).

Insisto su questo punto, perchè trovo dei principj contrari e pericolosi, a parer mio, in un giudicato della corte di Colmar, del 17 Agosto 1821 (10). È piaciuto a quella corte

(1) Carré, t. 3, n. 2477. Berriat, t. 2, p. 595, note 94. Favard, Rép., t. 5, p. 73. Torrible, Rép, *Saisie*, § 7, p. 673. Bensì, se per effetto della distribuzione, il titolo dei creditori fosse rimesto soppresso, il compratore non potrebbe molestarli. Avrebbe regresso soltanto contro il venditore. *Infra*, n. 614.

(2) Dec. del 21 Luglio 1812, Journal du Palais, t. 13, p. 698, e Journal des arrets de Colmar, t. 8, p. 386.

(3) Pothier, *Vente*, n. 124.

(4) Pothier. *Vente*, n. 129. Decisione di Nimes del 12 Marzo 1833. (Dall., 32, 2, 239).

(5) Idem, 130.

(6) *Supra*, n. 164. Pothier, *Vente*, n. 132.

(7) *Supra*, n. 430.

(8) *De eo quod interest*, passim.

(9) *Vente*, n. 131. Duranton egualmente dice benissimo, ma senza discutere la quistione: « *I danni ed* « *interessi non sono il prezzo.* » T. 16: p. 277.

(10) Dalloz, v° *Contrainte par corps*, p. 732.

di dissotterrare un' antica teoria dei danni ed interessi, dimenticata dopo Molinèo, e secondo la quale il prezzo della cosa farebbe parte di que'danni, e dovrebbe considerarsene come uno degli elementi principali. Siffatta decisione è posta dalla corte di Colmar sotto il patrocinio di Rebuffo, della glossa, *e di celebri autori!!* Noi poi preferiamo di seguire la dottrina di Molinèo, il quale pure può aspirare alla sua parte di celebrità, e che per disgrazia del giudicato in proposito, ha precisamente annichilato e quel Rebuffo e quei comentatori, de' quali non si dovrebbe più far parola nella presente materia, dopo il famoso trattato, *De eo quod interest*. Molinèo aveva per quindici anni meditato questo soggetto, allora pieno di difficoltà, e dichiara essersi convinto che le glosse del Bartolo, del Baldo, di Saliceto, dell'Alciato, di REBUFFO, etc., gli sono sembrate, *sicut pictæ parietibus tabulæ, et puerilia figmenta* (1). Le loro spiegazioni non erano che oscurità, i loro comenti torture; *sed videsne quam misere lacerentur hæ leges ex priorum commentariis, seu potius labyrinthis*, USQUE AD REBUFFUM INCLUSIVE; *quot quantisque difficultatibus et tenebris obruatur hic textus alioquin clarissimus* (2)? Molinèo si accinse a riordinare questo caos. È noto con quanta superiorità vi pervenisse. Come dunque, dopo la sua opera immortale si possono ricercare delle autorità nei miserabili guazzabugli de' suoi antecessori? La scienza ha forse bisogno d'essere ricostruita?

Molinèo dunque lo dichiara; confondere il prezzo con i danni ed interessi è il più massiccio errore, *pretium quod antiqui* INEPTE *vocant interesse conventum* (3). Per regola generale, i danni ed interessi non debbono mai confondersi con la cosa principale dovuta nell' obbligazione; essi non sono che un accessorio estrinseco all' obbligazione medesima, e proveniente da un ritardo, o da una colpa nell' esecuzione; *et sic quod interest*, dice il nostro autore, *non comprehendit rem principalem*, NEC EJUS PRETIUM VEL ÆSTIMATIONEM, *sive principalem ipsam utilitatem; sed tantum comprehendit damnum vel lucrum, occasione culpæ, vel moræ emergens vel cessans extrinsecus, scilicet* PRÆTER REM PRINCIPALEM ET EJUS CAUSAM (4).

È principalmente nell' azione dell' evizione, che simile distinzione fra il prezzo, ed i danni ed interessi è fondamentale ed importante. Prescindendo dall' obbligo della difesa, di cui abbiamo parlato altrove (5), tale azione ha due oggetti distinti, il primo chiamato da Molinèo *perpetuum*, e che consiste nella restituzione del prezzo, e questo è il punto principale; l'altro, ch' ei chiama *casuale*, e che riguarda i danni ed interessi, i quali non sono dovuti che quando vi è detrimento (6). Questo è un punto secondario il quale non sempre si verifica, e che dipende da circostanze variabili. Per determinare cosa si comprende nella restituzione del prezzo, è d' uopo riferirsi al contratto. Esso dà la misura (7) per

(1) N. 38.
(2) N. 31.
(3) N. 20.
(4) N. 9. V. ancora i n. 11 e 13.

(5) Sopra l' art. 1626, n. 433, 438; etc.
(6) *De eo quod interest*, n. 68.
(7) Idem.

determinare i danni ed interessi. Devesi considerare la cosa all'epoca dell'evizione, il suo aumento, ed il di lei maggior valore, la perdita che il compratore soffre in quel tempo per effetto della necessità d'abbandonare la cosa che credeva sua. Per confondere due articoli tanto differenti, tanto estranei fra loro, è d'uopo non veder luce.

Siffatta confusione aveva prodotto prima di Molinèo gli errori i più disastrosi. Per modo d'esempio, compro per 1,000 fr., una cosa, il valore intrinseco della quale è disceso a 400 all'epoca dell'evizione. Secondo i dottori, i quali parificavano la restituzione del prezzo al risarcimento de'danni ed interessi, non avrei potuto reclamare dal venditore che 400 fr., e non i 1,000 fr. da me sborsati, perchè la mia perdita, al momento dell'evizione restringendosi a 400 fr., la repetizione del sovrappiù mi era vietata (1). Nulla può esservi di più ingiusto, e più assurdo. Conosco bene che non vi è da temere, che siffatta eclissi del senso comune si riproduca a' nostri giorni di fronte al chiaro testo dell'art. 1630, il quale è stato concepito nel sistema di Molinèo. Ma altre aberrazioni assai più pericolose possono forse germogliare dalla dottrina che si pretende restaurare, ed il giudicato della corte di Colmar ne è la prova.

A tenore d'un principio protettore della libertà individuale, l'arresto personale non dee ordinarsi che in casi rari ed eccezionali, e come un doloroso sacrifizio fatto alla necessità (2). Uno di questi casi, rilasciato al prudente arbitrio del giudice, è quello in cui la parte viene condannata a dei danni ed interessi superiori a 300 fr. (3). Si adotti ora la dottrina della Corte di Colmar, si decori col nome di danni ed interessi il prezzo della vendita, ed in generale ciò che costituisce la corresponsione dell'obbligo principale non adempito, e non vi ha un solo caso in legge, in cui i cittadini non sieno esposti all'arresto personale. Oso dire, che niente è più funesto, e più contrario all'umanità delle nostre leggi, che siffatta giurisprudenza. È perciò che è stata rintuzzata da due giudicati di Nancy, uno del 18 Maggio 1827 (4), l'altro del 25 Febbrajo 1833 (5).

504. Rimane ora ad esaminarsi cosa comprenda la domanda de'danni ed interessi. Molinèo ha esaurito la materia; Pothier ha popolarizzato le sue idee giuste e profonde. Il Codice se le è appropriate nel titolo delle obbligazioni relative ai danni ed interessi, e nei tre articoli seguenti, dei quali andiamo a presentare l'analisi.

(1) Molinèo, n. 70.

(2) V. il mio Comento sopra le Ipoteche, t. 1, n. 2, p. 2 a 4.

(3) Art. 126 del Codice di procedura civile.

(4) Dall., 27, 1, 199.

(5) Inedito (tra Passerat de La Chapelle e Mansury).

ARTICOLO 1633.

Se la cosa venduta, al tempo dell'evizinne fosse aumentata di prezzo, anche indipendentemente dal fatto del compratore, il venditore è tenuto di pagargli ciò che supera il prezzo della vendita.

ARTICOLO 1634.

Il venditore è tenuto a rimborsare il compratore, od a farlo rimborsare da chi ha rivendicato il fondo, di tutte le riparazioni, e miglioramenti utili che vi avrà fatti.

ARTICOLO 1635.

Se il venditore ha venduto in mala fede il fondo altrui, sarà tenuto a rimborsare al compratore tutte le spese, anche voluttuarie o di piacere, che questi avesse fatto sul fondo.

SOMMARIO.

COMENTO.

505. I danni ed interessi sono regolati da dei principj generali sopra i quali non è nostra intenzione fermarci. Altronde ne abbiamo riprndotti alcuni ai n. 298 e seguenti (1).

I tre articoli che ci accingiamo a comentare si occupano di tre fonti di danni ed interessi:

1° Quella che deriva al compratore da un aumento nel prezzo della cosa (art. 1633).

2° Quella emergente da restauri, e miglioramenti utili fatti dal compratore, e di cui lo spoglia l'evizione (1634).

3° Quella che viene pel compratore dalla perdita che è costretto a sopportare di spese voluttuose, o di sola delizia fatte per l'abbellimento della cosa evitta (1635).

506. Vediamo il primo punto.

Se la cosa venduta è aumentata

(1) È da laggarsi con precauzione quando è stato sarilta da Domat sopra questa mataria (lib. 1, t. 2, sez. X). Egli oon si ara molto penatrato dei veri principj insegnati da Molinèo. (Pathier, *Vente*, n. 69).

di valore al tempo dell'evizione, in sequela d'alluvione (1), ovvero per qualunque altra causa indipendente dal compratore, come a modo d'esempio, l'accrescimento naturale che il valore intrinseco delle cose spesso risente, l'acquirente ha dritto a repetere dal venditore l'ammontare di ciò che supera il prezzo della vendita. Infatti tale aumento di prezzo è per esso un lucro che aveva fatto *propter rem ipsam*, e di cui non è giusto che sia spogliato.

A cagion d'esempio: compro da te per 20,000 franchi la tua casa della piazza dell'Alleanza, e vale 30,000 franchi all'epoca dell'evizione, poichè tal genere d'immobili ha assai aumentato di prezzo nella città di Nancy; la mia azione d'evizione comprenderà 1° il prezzo di 20,000 fr., 2° 10,000 franchi di danni ed interessi per la differenza fra il valore originario, ed il valore attuale (2).

La corte di cassazione ha applicato questa regola nella specie seguente.

Lesueur acquista il podere di Martienne per 6,000 franchi, e lo rivende poscia pel medesimo prezzo a'conjugi Lefèvre, *con garanzia dei propri fatti e promesse solamente*. Nel 1813, la Lefèvre trasferisce questo terreno a Wauthier per la somma di 20,000 franchi.

Nel 1820, Wauthier è evitto da un precedente proprietario, il quale provò di essere stato leso da Lesueur. Domanda alla Lefèvre la restituzione del prezzo di 20,000 franchi, delle spese e funzioni, e dei danni ed interessi. Dal canto suo la Lefèvre intenta il suo regresso contro Lesueur. Giudicato dalla corte di Douai, che condanna quest'ultimo a rifondere alla Lefèvre il prezzo di 20,000 fr., da essa dovuto restituire a Wauthier.

In conseguenza di ricorso in cassazione, decisione del 12 Decembre 1826, concepita come segue (3):

« Attesochè, a forma dei principj « sanciti in materia di garanzia di « vendite immobiliari, sì dalle anti- « che che dalle nuove leggi, le con- « seguenze dell'evizione refluiscono « contro il primo venditore, tanto « in rapporto ai prezzi delle vendite, « che in rapporto ai danni ed inte- « ressi....., che poco importa che « il prezzo della prima vendita sia « inferiore al prezzo della seconda, « poichè è per fatto del (primo) ven- « ditore che l'acquirente si trova pri- « vato del henefizio legittimo che il « tempo, ed altre circostanze favo- « revoli gli hanno procacciato. »

Il punto di dritto è esposto con verità in questa decisione. La Lefèvre avendo fatto un lucro di 14,000 fr. dal fondo di Martienne, nel trovarsene spogliata per fatto del suo venditore che l'aveva lasciata evincere, doveva esigere da Lesueur l'indennizzazione (4).

507. Secondo Molinèo e Pothier, se l'aumento del prezzo fosse cotanto enorme da superare tutte le previsioni, e tutte le probabilità, il venditore di buona fede non dovrebbe condannarsi a sborsarle intieramente al compratore; sarebbe bastevole che venisse condannato a pagare

(1) Molinèe, 116, 117. Pothier, *Vente*, n. 159, 160. *Quid*, se, mentre l'effetto guadagnava da una parte per alluvione, perdeva dall'altra per l'irruzione delle acque? *Supra*, n. 490.

(2) Pothier, *Vente*, n. 133.

(3) Dall., 27, 1, 93.

(4) Pothier, *Vente*, n. 147.

quella maggior somma a cui le parti all'epoca del contratto poterono prevedere che i danni ed interessi avrebbero potuto ascendere (1).

Toullier, è di parere che tale opinione non armonizzi con le disposizioni dell'articolo 1633 (2). Io pure inclino a crederlo. Nondimeno è forza convenire che l'opinione di Molinéo e di Pothier è più conforme all'equità.

508 Passiamo al caso in cui l'aumento del prezzo deriva non da un aumento naturale del valore intrinseco della cosa, ma da miglioramenti eseguiti da mano d'uomo.

È d'uopo distinguere fra le spese utili, e le spese voluttuose (3).

Il venditore di buona fede non è tenuto a rifondere le spese di puro piacere; ma deve rendere indenne il compratore delle spese utili che ha fatte nella giusta credenza di esser proprietario. Il venditore deve pagare esso stesso tale indennità; ovvero dee fare ottenere il rimborso delle spese di cui si tratta, dall'autore dell'evizione (4).

Mi hai venduto un terreno, sul quale ho costruito un edifizio. Essendo evitto dal vero proprietario, e se mediante gli sforzi che tu, od io di accordo, o disgiuntamente abbiamo fatti per combattere la sua azione, ho conseguito da esso l'indennità che mi spetta per tal miglioramento, nulla avrò a richiederti.

Ma se la sentenza d'evizione non l'ha obbligato a rifarmi i miglioramenti, incomberà a te l'indennizzarmi.

509. Avviene sovente, che la spesa non produce miglioramenti a lei corrispondenti. Il venditore sarà tenuto alla spesa, o al miglioramento (5)?

È da rispondersi che la di lui responsabilità è proporzionata al miglioramento. Di tutte le spese fatte dal compratore per migliorare l'immobile, che rimaneva all'epoca dell'evizione? Che vi era d'effettivo? Niente di più del miglioramento reale; niente di più dell'aumento di valore. Ecco ciò che l'evizione ha rapito al compratore; tuttociò che sopravanza di speso, si è disperso senza lasciare alcuna traccia, in lavori che quasi sempre costano più di quello che producono. Queste somme erano perdute pel compratore prima dell'evizione. Con qual dritto le chiederebbe al venditore, il quale non deve rifargli che quanto l'evizione gli ha rapito (6)?

510. Supponiamo ora il caso inverso, cioè, che il migliorato superi lo speso; dico che il venditore dovrà il miglioramento. I termini dell'articolo 1634 sono positivi, e conduco-

(1) Molinèo, *De eo quod interest*, n. 57 e seg. Pothier, *Obligations*, n. 164, e *Vente*, n. 133.

(2) T. 16, n. 285. *Junge* Duranton, t. 16. n. 295.

(3) Intorno al significato di questi vocaboli vedasi il mio comento sopra le Ipoteche, n. 837. I restauri *necessarj* sono a più forte ragione dovuti dal venditore, e per il totale, senza perscrutare se il fondo ne è divenuto migliore (mio comento sopra le Ipoteche, *loc. cit.*, n. 838 *bis*). Ma il compratore non può repetere le spese di semplice manotensione ordinaria, che sono l'onere dei frutti, eccetto che se fosse astretto a restituire i frutti, lo che è raro (*Supra*, n. 496).

(4) Paolo, l. 45, § 1. Dig. *De act. empt.* L. 9, C. *De evictionibus*. Pothier, *Vente*, n. 134. Mio comento sopra le Ipoteche, n. 838, e 838 *bis*.

(5) V. il mio comento sopra le ipoteche, n. 837, ove tutte le presenti quistioni sono trattate minutamente.

(6) Pothier, *Vente*, n. 136, e Duranton, t. 16, n. 297. Loyseau insegna il contrario, Déguerpissement, lib. 6, cap. 8, n. 21.

no ad un resultato conforme alla giustizia; perciocchè tali miglioramenti erano alcun che di reale, che l'evizione ha tolto al compratore (1).

Bensì il rivendicante non sarà tenuto che a pagare le spese, in conformità dell'articolo 555 del Codice civile; ma l'obbligo del venditore è assai più rigoroso di quello del proprietario che rivendica il suo possesso, e dovrà supplire a quanto sarà d'uopo per rendere il compratore perfettamente indenne.

511. Tuttociò nell' ipotesi della buona fede del venditore. Ma essendo in mala fede, cioè se ha venduto scientemente il fondo altrui, dovrà rifondere al compratore tutte le spese, eziandio voluttuose, da esso fatte nel fondo (2).

Del resto, non occorre dire che sarebbe altrimenti, se la mala fede fosse dal lato del compratore. Perocchè, a forma dell'articolo 1599 del Codice civile, non avrebbe il dritto ai danni ed interessi.

(1) Pothier, *Vente*, n. 135.
(2) Toullier, t. 6, n. 284. Domat, lib. 1, t. 2, sez. X, n. 19. L. 45, § 1, Dig. *De act. empt.* Duranton, t. 16, n. 298.

ARTICOLO 1636.

Se il compratore ha sofferto l'evizione per una parte soltanto della cosa, e che questa sia di tale entità, relativamente al tutto, che l'acquirente non l'avrebbe comprata senza la parte evitta, potrà fare sciogliere il contratto di vendita.

ARTICOLO 1637.

Se nel caso di evizione d'una parte del fondo venduto non siasi sciolta la vendita, il valore della parte evitta sarà dal venditore rimborsata al compratore, a norma della stima all'epoca dell'evizione, e non in proporzione del prezzo totale della vendita, o la cosa venduta sia aumentata, o sia diminuita di valore.

SOMMARIO.

512. Caso di parziale evizione.
513. Il compratore può chiedere la rescissione, se la parte evitta è di tale entità, che senza di essa non avrebbe comprato.
514. Ma se la parte evitta non è tanto ragguardevole da autorizzare la dimanda di rescissione, il venditore è tenuto ad una indennità. Regole da osservarsi in proposito.
515. Caso in cui la parte evitta è eterogenea.
516. Caso in cui la parte evitta è omogenea. Distinzione fra il caso, in cui la parte evitta è una parte aliquota indivisa, e quello in cui è una parte divisa. Spiegazioni date da Cujacio, più luminose e più convincenti di quelle di Pothier.
517. Il Codice civile ha abbandonato a torto i principj antichi. Antinomia fra l'art. 1637, e l'art. 1631.
518. Conciliazione proposta da Delvincourt, e adottata da Duranton. È insufficiente. Errore di quest'ultimo autore intorno al sistema di Malinèo, di Pothier, e delle leggi Romane.

519. Difficoltà appianate da Papiniano intorno varj casi d'evizione parziale. Conciliazione di tali decisioni con l'articolo 1637 del Codice civile.
520. Continuazione.
521. Continuazione.
522. L'articolo 1637 è inapplicabile ai casi di vendita coatta. Disparere con la corte di Tolosa.
523. Altro errore della corte di Digione, che applica l'articolo 1637 al debitore espropriato, ed ai suoi eredi e creditori.

COMENTO.

512. Perchè sia luogo all'azione d'evizione, non è necessario che il compratore sia spogliato della cosa intiera; basta che ne provi una evizione parziale (1).

In tal caso è d'uopo distinguere, se la parte tolta al compratore è di tale entità, che senza di essa non avrebbe comprato; ovvero se non era assai rilevante per distruggere la causa finale della vendita.

513. Nel primo caso il compratore può chiedere lo scioglimento del contratto (art. 1636), ed il venditore deve restituirgli il prezzo, e le spese del contratto (2), senza pregiudizio de' danni ed interessi, e di altre restituzioni ordinate dall'art. 1630 (3).

514. Nel secondo caso la vendita persevera; ma il venditore dee rendere indenne il compratore a tenore delle regole che andiamo ad esporre.

I giureconsulti son soliti determinare in primo luogo se la parte evitta è omogenea, ovvero eterogenea (4). Omogenea! se è una porzione integrante della cosa, se porta il medesimo nome, se è della stessa natura ed ha la medesima situazione, per esempio, il quarto d'un prato, ovvero un campo incluso in un podere e posseduto come una delle sue pertinenze. Eterogenea! come se è qualcosa di distinto, un ente od un oggetto separato, avente un'esistenza sua propria speciale, indipendente dalla cosa principale, per esempio, il parto d'un animale.

515. Se la parte evitta è eterogenea; a modo d'esempio, se la cavalla da me comprata, essendo morta, vengo spogliato del suo puledro nato posteriormente alla vendita, non mi spetterà l'azione per il prezzo, perchè il puledro non è stato compreso nella vendita; non è stato venduto, non è che un prodotto ulteriore della cosa da me comprata. Non posso dunque richiedere il prezzo di ciò che non mi è stato venduto. Ma mi spetterà il risarcimento de' danni ed interessi per la privazione che soffro del mio puledro, che verrà stimato sul valore che aveva all'epoca dell'evizione (5).

516. Se la parte evitta è omogenea, vengono in campo altri principj; perciocchè la parte omogenea fu comprata; formava un tutto con la cosa principale, e fu pagata come parte integrante dell'oggetto venduto.

Per conciliare i dritti del compratore con quelli del venditore, le leggi Romane facevano una distinzione (6), adottata da Molinèo (7), e da Pothier (8). O la parte evitta è una

(1) L. 1, Dig. *De evict.*
(2) Arg. dell'art. 1621.
(3) V. Despeisses, e gli autori, ed i giudicati ch'esso cita, p. 37, col. 1, n. *quinto.*
(4) Voet, *De evict.*, n. 15.
(5) Molinèo, *De eo quod interest*, n. 149. Pothier, *Vente*, n. 146.
(6) Ulpiano, l. 1, *De evict.*
(7) *Loc. cit.*, n. 67 e seg.
(8) *Loc. cit.*, n. 140, 141, 142.

parte aliquota indivisa dell'oggetto, o è una parte divisa.

Se è evitta una parte aliquota indivisa, come il terzo d'un prato non diviso, il venditore deve restituire la terza parte dell' intiero prezzo. Si diminuisce il prezzo in proporzione della quantità evitta, in proporzione del numero d'jugeri, senza prendere in esame la bontà intrinseca. Per qual motivo? Perchè, dice Cujacio, una parte indivisa d'una cosa non ha qualità sua propria; non si può conoscere la sua qualità speciale e la sua bontà, se non è separata dal tutto, e l'ipotesi nostra è che vi sia indivisione. « Pars ergo æstimatur ex « quantitate et ex modo; nec enim « ex qualitate potest æstimari pro « indiviso, cum ejus partis nulla « qualitas subsit. Pars est quota, vi« delicet quinta, non qualis (1); pars « est sine qualitatibus (2). »

Tuttavia, indipendentemente da questa parte del prezzo, il compratore potrà reclamare i suoi danni ed interessi, in conformità dell'art. 1630. Si liquideranno sulle basi sopraindicate (n. 506 e seguenti). Pothier insegna inoltre, che vi si potranno aggiungere quelli ai quali l'acquirente ha dritto per l'incomodo di trovarsi in comunione con un individuo da lui non scelto (3).

Se la parte evitta è divisa, *hoc est*, dice Cujacio, *circumscripta suis finibus* (4), come per esempio, una vigna faciente parte del podere, si dee fare una detrazione del prezzo della vigna avuto riguardo al prezzo totale della cosa all'epoca del contratto (5). Dico avuto riguardo al prezzo totale della cosa, e ciò è importantissimo ad osservarsi. Supponiamo che per fortuna io compri per 20,000 fr., una tenuta che ne vale 40,000 all'epoca dell'acquisto. Mi viene evitta una vigna che ne fa parte, del valore di 10,000 franchi; non potrò chiedere pel primo capo dell'azione d'evizione i 10,000 franchi, sebbene l'oggetto evitto gli valga intrinsecamente; io non potrò chiedere che 5,000 franchi; perchè debbo equiparare la bontà intrinseca della cosa al prezzo totale, il quale in questo caso è per la metà inferiore al valore effettivo. Ed anche questo è stato benissimo rilevato da Cujacio (6). Senza dubbio, venendo evitta una cosa divisa, la perdita non si stima dalla quantità e dalla misura, come nel caso d'evizione d'una cosa indivisa. Senza dubbio si stima secondo la qualità della parte evitta, secondo la di lei bontà all'epoca del contratto (7). Ma non dee perciò dirsi che il compratore ha dritto ad esigere quella stima. La stima non si fa che per fissare la proporzione fra la parte ed il tutto, fra il prezzo parziale, ed il prezzo totale. Lo dice energicamente Molinèo: « non ad finem « faciendæ et exigendæ æstimationis, « quæ erat tempore contractus, sed « ad solam finem distributionis pre-

(1) Cioè, la quinta parte, ma senza sapere qual è, senza sapere ove prenderla.

(2) Cujacio ha illustrato questo punto con maggior chiarezza dello stesso Pothier (sopra la legge *Ex mille* 64, Dig. *De evict.*, lib. 7, quæst. Papin.).

(3) *Loc. cit.*

(4) *Loc. cit.*

(5) Pothier, n. 143. Decisione del parlamento di Tolosa del 15 Gennajo 1591, riferita da Larocheflavien (lib. 6, t. 49, art. 2). Despeisses (*Vente*, p. 27, col. 1, n. *quarto*). Molinèo, n. 67.

(6) *Loc. cit.*

(7) L. 1, D. *De evict.*, e Cujacio.

« tii conventi, et solum inter par-
« tem evictam et non evictam, pro
« rata valoris illarum partium qui
« fuit tempore contractus (1). »

Ciò riguarda il primo capo dell'azione d'evizione. Rapporto al secondo, il quale comprende i danni ed interessi, è d'uopo procedere diversamente, e si stima l'oggetto evitto, secondo lo stato nel quale ritrovasi all'epoca dell'evizione (2).

Questo sistema, come ognuno vede, è in perfetta armonia con i principj da noi sviluppati sopra gli articoli 1630 e seguenti. Il compratore è sempre sicuro di ricuperare la parte proporzionale del suo prezzo; e quanto ai danni ed interessi, avrà dritto di reclamarne, se la cosa è aumentata di valore; altrimenti gli sarà forza limitarsi alla restituzione del prezzo.

517. Ignoro per qual motivo, o fors'anche per qual distrazione, questa teoria sia stata modificata dall'art. 1637 del Codice civile.

Quest'articolo prescrive che il valore della parte evitta sia rimborsato al compratore secondo il valore al tempo dell'evizione, e non proporzionalmente al prezzo totale della vendita, sia che la cosa venduta aumentasse, o diminuisse di valore.

In tal modo, compro da te un podere, che ti pago 50,000 franchi per suo giusto prezzo, ed in cui è compresa una vigna di 15,000 franchi. Dieci anni dopo, mi viene evitta la vigna, la quale per effetto del depreziamento sofferto da simile specie d'immobili non vale più che 10,000 franchi. A forma del nostro articolo, non avrò dritto di richiederti che 10,000 franchi, e perderò in tale affare 5,000 franchi, mentre che tu, per fatto del quale sono stato indotto in errore, tu che non eri proprietario della vigna, ricaverai un profitto di 5,000 franchi dalla vendita indebita a me fatta.

Questa mi sembra una patente ingiustizia, ed inoltre una contradizione manifesta con l'articolo 1631, il quale dispone, che se la cosa è degradata, il venditore è nondimeno tenuto alla restituzione del prezzo intiero. Se il venditore ha tale obbligo, quando l'evizione è totale, perchè quando essa è parziale, sarà esonerato dal rifondere una parte proporzionale del prezzo? Perchè mostrarsi infedele ai principj da sè medesimo fissati, ad oggetto d'introdurre in un sistema che era tanto agevole di collegare in tutte le sue parti, delle discrepanze, di cui non saprebbesi render ragione (3)?

518. Delvincourt ha veduto quest'antinomia fra l'articolo 1631, ed il nostro articolo, ed ha tentato in parte di evitare l'articolo 1637, ed in parte dilucidarlo (4). Dice in principio, che essendo evitta una parte indivisa, è d'uopo attenersi agli antichi principj, che l'articolo 1637 non ha voluto sovvertire. Dopo avere assicurato questo punto, ei ravvisa la efficacia del nostro articolo sull'evizione d'una parte separata; ma tenta di velare l'incoerenza della sua posizione con le ragioni seguenti: « Non « può prendersi per base il prezzo « della vendita. È possibile che i due « jugeri evitti sieno i migliori, od i

(1) *De eo quod interest.*, n. 67.

(2) Idem, n. 67, 68, 69. Pothier, *Vente*, n. 143, 144.

(3) Vi è discrepanza anche con l'art. 1619. V. n. 343.

(4) T. 3, p. 149, note.

« peggiori, ed allora il quarto del « prezzo sarebbe troppo, o troppo « poco (1). »

Ma io dichiaro che tale illustrazione non mi sembra plausibile. Si sarebbe forse Delvincourt immaginato, che nell' antica giurisprudenza non si tenesse alcun conto della bontà della parte divisa evitta? Avrebbe egli forse dimenticato queste parole della legge Romana? « *Quid enim si « quod fuit in agro pretiosissimum, « hoc evictum est, aut quod fuit in « agro vilissimum? æstimabitur loci « qualitas et sic erit regressus* (2) ». Ignora egli, che Cujacio e Molinèo non cessano di dire ad ogni linea delle loro parafrasi di questo celebre testo, che dee prendersi per base della stima, la bontà, e la qualità della cosa divisa tolta al compratore? Che significa dunque la ragione assegnata da Delvincourt per ispiegare cos' abbia impedito al legislatore di aver riguardo al prezzo della vendita? Vedendo un giureconsulto così stimabile come Delvincourt non riuscire nella giustificazione dell'art. 1637, ne concludo che quest' articolo non è suscettibile di difesa.

Delvincourt non mi sembra più felice, allorchè pretende che l'articolo 1637 non si applichi all'evizione di una parte indivisa dell'oggette venduto. Su che si fonda tale distinzione? Qual' è il termine del nostro articolo, da cui possa desumersi? Vedo all' opposto chiaramente, che tutte le sue espressioni tendono a questo resultato positivo, cioè: che se è evitta una parte indivisa, si stima la cosa nella sua totalità al tempo dell' evizione, e si obbliga il venditore a rendere indenne il compratore a prorata della parte aliquota evitta.

519. Papiniano ha risolute nella legge 64, Dig. *De evict.*, varie difficoltà relative ad evizioni parziali. Cujacio (3), Molinèo (4) e Pothier (5), hanno sottoposto alla loro profonda analisi queste decisioni del principe dei giureconsulti Romani. Vediamo quanto possano esse rientrare nel sistema dell' articolo 1637.

Mi vendi per 50,000 franchi una prateria di 1,000 jugeri, sebbene tu sia proprietario soltanto di tre quarti, cioè di 750 jugeri. Dopo il contratto, il fiume ha portato via 200 jugeri. Degli 800 jugeri rimanenti, il vero proprietario della quarta parte mi obbliga a rilasciargliene 200: ecco l' evizione d'una parte divisa. Qual sarà l' estenzione del mio regresso contro il mio venditore?

Papiniano decide, che la mia evizione dee calcolarsi di un quinto, e che non potrò repetere dal mio venditore che 10,000 fr., e non la quarta parte del prezzo totale, cioè 12,500 franchi. Eccone il motivo. Se il fiume non avesse fatto alcun distacco, la perdita dei 200 jugeri da me sofferta sarebbe solo una quinta parte del totale, ed il venditore non sarebbe tenuto che al quinto. Ora, le irruzioni del fiume che hanno inghiottito 200 jugeri costituiscono un fatto di forza maggiore che non dee far carico al venditore, *quia res perit emptori*. Deriva da ciò, che la sua

(1) Questa dilucidazione è stata abbracciata da Duranton, t. 16, n. 300. Questo scrittore crede, a torto però, che sia conforme al sistema di Molinèo, e di Pothier.

(2) Ulp., l. 1, Dig. *De evict.*

(3) Sopra queste legge, quæst. Papiniani, lib. 7.

(4) *De eo quod interest*, n. 111, 112, 113, 114.

(5) *Vente*, n. 154 a 161.

responsabilità non può essere maggiore di quello che fosse prima dell'interito parziale della cosa.

Abbiamo del resto veduto (n. 489), che per l'evizione totale, Papiniano proclama una soluzione differente.

Esaminando tal quistione sotto il punto di vista dell'articolo 1637, si acquista il convincimento che oggidì ella debbe risolversi con altri dati. Infatti non si calcola più sul prezzo totale della cosa. Si prende tal cosa nello stato in cui trovasi all'epoca dell'evizione, ed il prezzo della parte evitta viene sborsato al compratore sul valore ch'essa ha all'epoca medesima.

Perciò, nella specie, la praterla è stata venduta al prezzo di 50 fr. per jugero. Supponiamo che questo sia pure il prezzo di stima al tempo dell'evizione, il compratore avrà dritto di esigere dal suo venditore una indennità di 10,000 fr. per i 500 jugeri evitti. Qui si ottiene lo stesso resultato di Papiniano.

Ma facciamo un'altra ipotesi, ed ammettiamo che il valore dell'jugero sia dibassato a 45 fr., o asceso a 55 fr.: tosto, l'articolo 1637 ci conduce ad una soluzione differente. Nel primo caso il compratore non potrà richiedere che 9,000 fr., nel secondo caso il suo venditore dovrà sborsargli 11,000 franchi (1).

520. Papiniano propone un'altra quistione intorno all'evizione parziale (2).

Configurando un caso d'evizione d'una parte indivisa della cosa, suppone che la praterla di 1,000 jugeri da me comprata per 50,000 fr., siasi dopo il contratto aumentata per alluvione, e che oggi si trovi di 1,200 jugeri. Il proprietario d'un quinto *pro indiviso*, mi fa condannare a rilasciargli la sua quinta parte, la quale, attesa l'alluvione, è di 240 jugeri. Avrò il mio regresso per un quinto solo, ovvero avrò dritto di farmi indennizzare dal mio venditore di codesto quinto, oltre del valore dei 40 jugeri, di cui mi aveva arricchito l'alluvione, e di cui mi priva l'evizione?

Papiniano risolve che il venditore è tenuto soltanto al quinto del prezzo, cioè a 10,000 franchi; perocchè non mi viene evitto che la quinta parte dei 1,000 jugeri statimi venduti. I 40 jugeri di soprappiù che sono costretto a rilasciare, sono una parte dell'accessione sopravvenuta, anzichè del subietto venduto.

Nondimeno, Molinèo e Potbier, fanno osservare che per il secondo capo dell'azione *ex empto*, il quale concerne i danni ed interessi, potrò esercitare il mio regresso per la perdita di quei 40 jugeri.

Cosa devesi decidere di fronte al nuovo dritto creato dall'art. 1637?

Convinto, come sono, che quest'articolo si applichi tanto all'evizione d'una parte indivisa, quanto a quella d'una parte divisa, dico che non dovrannosi più ravvisare nell'azione d'evizione parziale due capi distinti, e fare un calcolo sul prezzo, ed un altro calcolo separato sopra i danni ed interessi. L'articolo 1637 prescrive che si proceda mediante una operazione unica, fatta astrazione dal prezzo totale della vendita.

Ne resulterà che il compratore

(1) Non ho trovato che questa e le seguenti questioni siene state agitate da Duranton.

(2) L. 64, § 1, Dig. *De evict.*

evitto d'un quinto di 1,200 jugeri, dovrà essere indennizzato dell'intiera perdita che l'evizione gli cagiona secondo la stima che ne sarà fatta al tempo dello spoglio. Perciò se i 1,200 jugeri valgono 60,000 fr., il compratore ne riavrà dal venditore 12,000.

Fin qui ricadiamo nelle soluzioni indicate da Molinèo, e Pothier, secondo Papiniano.

Ma supponiamo che il compratore invece di accrescere i lucri della sua contrattazione, ne soffra una perdita casuale. Ha comprato 1,000 jugeri. Il fiume ne porta via 200, e bentosto gli viene evitto il quarto degli 800 rimanenti.

Se l'jugero ha un valore di 500 fr., 800 jugeri varranno 40,000 fr., ed il compratore intenterà il suo regresso per il quarto di questa somma, cioè per 10,000 fr.

Se l'jugero vale 55 fr., gli 800 jugeri, de' quali l'acquirente perde il quarto, costeranno 44,000 fr., e l'azione d'evizione partorirà una indennità di 11,000 fr.

Se l'jugero vale soli 45 fr., l'indennità si restringerà a 9,000.

521. Infine Papiniano propone una terza quistione (1).

Il fiume ha inghiottito 200 jugeri dei 1,000 che componevano la prateria, e che ho pagati 50,000 fr.; ma ha portato da un altro lato un accessione di consimile quantità. Posteriormente mi viene evitto un quinto da una terza persona, di cui il mio venditore mi aveva lasciato ignorare i dritti. Cosa potrò reclamare dal mio garante?

Papiniano limita il regresso per il prezzo alla proporzione del quinto degli 800 jugeri, vale a dire a 8,000 franchi, e non vuole che si calcolino in questo capo dell'azione *ex empto*, i 200 jugeri prodotti dall'alluvione.

È nella tassazione dei danni ed interessi, che Molinèo e Pothier, interpetrando il concetto di Papiniano, insegnano, che i 40 jugeri acquisiti per l'azione del fiume, e tolti al compratore dall'evizione, dovranno esser base d'un capo di repetizione.

In virtù del nostro articolo, si procederà per altre vie. Si prenderà la prateria nello stato in cui trovasi al tempo dell'evizione; si stimerà con i 200 jugeri d'alluvione, a norma del suo valore attuale, ed il quinto di tal valore sarà attribuito al compratore. Se il prezzo attuale supera il prezzo dell'acquisto, e che l'immobile valga 55,000 franchi, il compratore avrà dritto ad una indennità di 11,000 franchi per il quinto evitto. Se il valore è inferiore, e che sia di 45,000 franchi, reclamerà soltanto 9,000 franchi.

522. Si domanda se l'art. 1637 sia applicabile all'evizione che avviene dopo una vendita coatta.

L'affermativa è stata risoluta con decisione della corte di Tolosa del 24 Gennajo 1826 (2). Ma tal decisione mi sembra che sancisca un paradosso. Essa prende per punto di partenza un'opinione contraria a tutti i principj di dritto, la quale vuole che l'aggiudicazione abbia un'azione d'evizione, e perciò d'indennità (3) contro il creditore istante (4). La verità si è, che l'aggiudicatario ha

(1) L. 64, § 2, Dig. *De evict.*
(2) Dall., 26, 2, 115.
(3) La parola trovasi nel testo della decisione.
(4) Ho confutato tale opinione superiormente (n. 432).

la semplice azione, nota in dritto sotto il nome di *condictio indebiti;* avendo pagato per errore, ha dritto alla sola repetizione del prezzo in proporzione della quantità evitta. Ora ho detto più volte con Molinèo, che trattandosi di recuperare il prezzo, o una di lui porzione, è da considerarsi l'epoca della vendita.

L'epoca dell'evizione deve prendersi in esame, a forma del nostro articolo, allora soltanto che vi ha luogo a decretare il rifacimento dei danni ed interessi. L'art. 1637 sarà dunque posto da banda. La sezione nella quale è collocato ne fa altronde una legge. Esso rientra nella materia della garanzia. Esso viene dopo una serie d'articoli, il primo de' quali, l'artic. 1630, comincia con queste parole: *se la garanzia fu promessa*, etc.; esso è stato fatto per il caso in cui vi è luogo a regresso di garanzia contro il venditore. Ora, qui è d'uopo riconoscere che niun obbligo di tal genere esiste.

La corte di Tolosa che ha voluto ad ogni costo un articolo del Codice per decidere la quistione, si è attenuta all'art. 1637 soltanto all'ultima estremità, e perchè non ne rinveniva alcun altro che più d'appresso riguardasse la difficoltà. Se vi avesse posto mente, avrebbe veduto che l'articolo 1619 offriva un'analogia assai più esatta (1).

523. In altro errore è incorsa la corte di Digione (2). Ha creduto applicabile l'artic. 1637 al debitore espropriato o a' suoi eredi, come pure ai di lui creditori posteriori alla causa delle molestie.

(1) V. n. 343, *supra.*

(2) Decisione dell'8 Febbrajo 1817 (Dalloz, *Vente*, 884).

Vediamo la specie di questo giudicato.

Dessauze vende a Dufour il prato della *Fede franca;* iscrive a cautela del prezzo il 13 Marzo 1811.

Nel 1815, Dufour diviene insolvente; tutti i suoi beni si vendono coattivamente, e Fénéon se ne rende aggiudicatario.

Ma Dessauze, tuttora creditore del prezzo della *Fede franca*, ottiene una sentenza, che ordina la distrazione a vantaggio suo di codest'immobile. Per tal modo a Fénéon resta evitta una parte divisa degli effetti da lui acquistati in sequela dell'espropriazione forzata. Domanda di essere indennizzato secondo il valore reale del prato al tempo dell'evizione; i creditori al contrario sostengono non aver esso dritto che ad una diminuzione del prezzo proporzionale alla somma per cui il prato è stato compreso nella determinazione del medesimo. Simile sistema viene abbracciato dalla sentenza di prima istanza.

In appello, Fénéon propone una distinzione fra i creditori di Dufour iscritti anteriormente a Dessauze, ed i creditori iscritti posteriormente. Quanto ai primi, conviene che il defalco si limiti alla somma per cui il prato entrò nel prezzo; ma rapporto agli altri, persiste nella pretesa da lui manifestata in prima istanza.

Sopra questa lite, giudicato il quale considera « che qualunque acquirente evitto ha dritto a dei danni ed interessi proporzionati al valore reale dell'effetto venduto. Che nelle circostanze del caso, i soli creditori di Dufour aventi iscrizione anteriore a quella di Dessauze hanno interesse che sia unicamente distratta a prò di Fénéon la

« stima proporzionale della cosa a « lui evitta; ma che relativamente ai « creditori posteriori, ed alla vedo- « va ed eredi Dufour, debbono sop- « portare tale distrazione, qualun- « que sia la somma a cui la faccia « ascendere la liquidazione de' dan- « ni ed interessi. »

Ecco, è d'uopo convenirne, una strana decisione.

La corte di Digione distribuisce i creditori in due categorie, la prima composta di quelli che non hanno conosciuta l'iscrizione di Dessauze, l'altra di quelli che l'hanno conosciuta. Per apprendere su qual fondamento la corte ha fatto tal distinzione, bisognerebbe che dessa si fosse data la cura di spiegarlo.

Dopo varie congetture ho adottato l'idea, che la corte di Digione abbia raziocinato nel modo seguente. Essa avrà detto ai primi creditori: Voi non sapevate la causa dell'evizione, avete venduto in buona fede, credendo Dufour proprietario del prato della *Fede franca;* voi dunque non soffrirete che la repetizione di una parte del prezzo, perchè non potete locupletarvi a danno altrui.

Quindi agli altri avrà detto: A voi era nota l'iscrizione di Dessauze; nota l'esistenza d'una causa d'evizione del prato della *Fede franca;* dovete dunque rispondere come garanti dei danni ed interessi.

Tuttociò è inammissibile.

I creditori sono, o non sono venditori. Se sono venditori, debbono essere tenuti ai danni ed interessi, sia che abbiano, o non abbiano saputo la causa dell'evizione. È regola ovvia in dritto, che il venditore è garante, ancorchè abbia venduto la cosa altrui in buona fede (1).

Se non sono venditori, non si comprende come la vendita possa dare origine ad una domanda di risarcimento di danni ed interessi contro di loro, poichè detta vendita non è un loro fatto.

Nell'uno, come nell'altro sistema adunque la corte di Digione è stata sempre in fallo.

Quindi mi asterrò dal rilevare ch'essa ha onerato gli eredi del debitore espropriato di una obbligazione rigorosa, che ad essi non incombeva. Non è egli assurda cosa il rendere il debitore espropriato responsabile degli errori commessi in sequela d'una vendita fatta coattivamente, e suo malgrado? Riscontrisi ciò che ho detto al numero precedente ed al n. 432.

Finalmente, se l'iscrizione di Dessauze avesse informato alcuno dei creditori della causa dell'evizione, l'aggiudicatario per il quale la stessa iscrizione era un fatto non meno notorio, poteva egli allegarne la ignoranza? La scienza ch'egli possedeva della possibilità delle turbative, non doveva precludere ogni via ad una domanda di danni ed interessi (2)?

(1) *Supra*, n. 232, art. 1630. *Infra*, n. 524. Pothier, *Vente*, n. 137.

(2) Art. 1529, e *supra*, n. 419, 481, 483.

ARTICOLO 1638.

Se il fondo venduto si trova aggravato di servitù non apparenti, senza che se ne sia fatta dichiarazione, e siano di tale importanza da far presumere che se il compratore ne fosse stato avvertito, non lo avrebbe comperato, questi potrà domandare lo scioglimento del contratto, quando non prescelga di contentarsi d'una indennizzazione.

SOMMARIO.

524. Il venditore deve garantire il compratore dagli oneri non dichiarati, e non visibili, i quali diminuiscono il valore della cosa. Qui si prende in esame la buona fede del venditore. Motivo, e perchè non se ne fa caso quando è evitta una parte materiale della cosa.
525. Affinchè il compratore possa reclamare, è d'uopo che sia stato in errore.
526. Non ha dritto ad essere garantito delle servitù visibili. Aneddoto in sostegno di questo principio, riferito da Cicerone.
527. Ma il venditore dovrebbe garantire anco le servitù visibili, qualora avesse promesso la garenzia. Della clausola, *Esente e libero da qualsiasi onere.*
528. Se l'onere è occulto, e che il venditore non l'abbia dichiarato, il compratore potrà esercitare il suo regresso, eccetto che se un patto espresso ha derogato alle regole generali sopra le garanzie.
529. Della clausola, *In quello stato in cui si ritrova.* Esonera essa il venditore dalla garanzia per servitù occulta? Della clausola, *Come il venditore l'ha posseduta, e con i suoi dritti ed azioni.*
530. Della clausola, *In quello stato in cui trovasi l'immobile, e che il compratore ha dichiarato ben conoscere.*
531. Della clausola, *Come l'immobile si trova con tutte le sue servitù attive e passive; ovvero, con tutti i suoi oneri; ovvero, con i medesimi oneri con cui possedevalo il venditore.* Repulsa d'una opinione troppo rigorosa della corte di Agen, e della corte di cassazione. Siffatte clausole sono bene spesso di stile. Inutile verbosità de' nostri atti notariali.
532. *Quid*, se le servitù era dichiarata nei documenti rimessi al compratore?
533. Cosa abbraccia l'azione in garanzia del compratore: 1° risoluzione; 2° o diversamente diminuzione di prezzo; 3° danni ed interessi se il venditore era in mala fede.
534. Il venditore deve la refusione de' danni ed interessi se vende la cosa franca.
535. Rinvio per la quistione tendente a determinare se l'art. 1638 sia applicabile alle vendite coatte.

COMENTO.

524. Abbiamo superiormente veduto che il venditore deve porre il compratore in possesso della cosa da questo comprata con intenzione di divenirne proprietario (art. 1604).

Abbiamo già esaminato vari effetti di tale obbligo, e particolarmente abbiamo veduto che il venditore è tenuto sì di fare la tradizione al compratore della quantità dichiarata nel contratto, sì di farlo godere della totalità della cosa consegnatagli, cioè di rilevarlo dall'evizione che soffre della cosa intiera, o di una di lei parte.

Il nostro articolo aggiunge a questi doveri del venditore un nuovo effetto del suo obbligo principale di far godere il compratore; ed è quello di togliere le molestie occasionate dai terzi, che pretenderebbero aggravare la cosa di un onere non previsto, e di tal natura da attenuarne i comodi, ed il valore.

Il motivo di tal disposizione è facile a concepirsi.

La buona fede comanda al venditore di significare tali oneri al compratore; quasi sempre ne ha la scienza, o si presume che l'abbia; se gli dissimula, pecca di dolo. Il comprato-

re dunque ha dritto ad una riparazione. In breve diremo quale.

Se il venditore non avesse notizia di tali pesi, non cesserebbe per questo dall' esser tenuto a garantire il compratore. Perocchè vi sarebbe diminuzione dell' utilità della cosa da lui venduta come avente delle qualità di cui poscia si ritrova mancante. Avrebbe con la sua ignoranza illuso il compratore, e gli avrebbe promesso più di quello che era in grado di mantenere. « Dummodo sciamus venditorem, etiamsi ignoravit ea quæ ædiles præstari jubent, tamen teneri debere. Nec est hoc iniquum. Potuit enim ea nota habere venditor. Nec interest emptoris cur fallatur ignorantia venditoris an calliditate (1). »

Vedremo però (n. 533, 534), che l' errore del venditore non genera una responsabilità così estesa come la di lui mala fede. Ma il testo da noi riferito allude all' azione *quanti minoris*, cioè diretta a diminuire il prezzo, e non alla refusione de' danni ed interessi (2). Perciocchè, nel secondo regresso del compratore contro il venditore, la buona fede di quest' ultimo si prende in considerazione, lo che non avviene quando il compratore viene spogliato d' una parte materiale della cosa venduta (3).

La ragione di tal differenza si è che un errore sopra un dritto accessorio annesso ad una cosa, sopra una qualità secondaria, sopra un grado di bontà maggiore o minore è assai più scusabile d' un errore sul dritto principale. Nell' ipotesi dell' articolo 1638, la cosa considerata materialmente, e rapporto alla sua quantità, resta quella che il venditore aveva promessa nel contratto. Il dritto di proprietà è certo. Il dominio rimane intiero; soltanto la libertà della cosa trovasi vincolata. Un tale avvenimento non è generalmente così grave come quello che toglie al compratore la cosa istessa, o una porzione materiale ed integrale della medesima. È inescusabile chi erra intorno al suo dritto principale di proprietà. All' opposto spesse volte è perdonabile un errore intorno ad un dritto secondario che non ha colpito i sensi.

525. Ma acciocchè il compratore possa reclamare, dev' essere stato indotto in errore. Perocchè se il peso dell' immobile è stato a sua notizia, l' obbligo della garanzia cessa di esistere. Già sappiamo esser questo in materia di garanzia un principio fondamentale. Lo abbiamo altrove illustrato (4), ed il nostro articolo lo ammette in termini espressi.

526. Da ciò deriva che il compratore non ha dritto ad essere garantito dalle servitù visibili, quali sono le grondaje, le fogne, le finestre, etc. Visitando il fondo da comprarsi, ha potuto facilmente accertarsi dell' esistenza di tali pesi che son visibili (5).

Cicerone narra nel suo esimio libro degli Officj un aneddoto, che conferma il nostro principio.

Marco Gratidiano aveva rivenduto a Sergio Orata una casa che aveva da lui acquistata qualche tempo pri-

(1) Ulpiano, l. 1, § 2, Dig. *De ædil. edict.* Voet, ad Pand., d. tit., n. 10.

(2) Fabre, Cod., lib. 4, t. 33, def. 1, nota 8.

(3) *Supra*, n. 232 e 523, e art. 1630.

(4) *Supra*, n. 418, 431, 485, etc.

(5) Pothier, *Vente*, n. 200. Decisione di cassazione del 12 Agosto 1812 (Dalloz, *Vente*, p. 885). Altre decisioni della corte di Parigi del 13 Gennajo 1810, e della corte di Brusselles del 16 Febbrajo 1820 (Dall., *loc. cit.*, pag. 886, 887).

ma. Sovr' essa era imposta una servitù che Marco Gratidiano non aveva dichiarata nel contratto. L'affare fu ventilato in giudizio. Crasso difendeva Orata, e Antonio, Gratidiano. Crasso, basandosi sulla lettera della legge, allegava il disposto che condanna alla riparazione il venditore che non dichiara i vizj della cosa a lui noti. Antonio si fondava sull'equità, adducendo che quel peso era noto a Sergio, poichè egli stesso aveva venduto e posseduto la casa; non era quindi necessario dichiarargli la servitù. Qual presunzione d'inganno può esservi, ei diceva, tostochè l'acquirente doveva ben conoscere gli oneri della proprietà da lui acquisita (1)?

Cicerone non ci riferisce la decisione del magistrato; ma non poteva esser dubbia, nè tutta la facondia di Crasso potè probabilmente scampare Orata dal rigetto della sua istanza.

527. La cosa sarebbe diversa, se il venditore, in deroga dei principj generali, avesse assunto la garanzia.

L'obbligo eccezionale della garanzia emergerebbe a sufficienza dalla clausola con la quale la cosa fosse stata venduta *franca e libera da qualunque peso e servitù*. Tal patto equivale a quello che i Romani esprimevano con la frase: *uti maximus optimusque est;* costringe il venditore ad eliminare la servitù, ovvero a rendere indenne il compratore. « *Hoc* « *significat*, dice Paolo (2), *ut libe-* « *rum præstetur prædium* », ovvero anche come dice Ulpiano, *nulli servire* (3).

528. Se la servitù è occulta, ed il venditore non l'ha dichiarata, è tenuto di dritto a garantire il compratore. Il compratore dunque potrà intentare il suo regresso, se a modo d'esempio, il bosco comprato è affetto ad un dritto d'uso che gli è stato celato; se sopra la casa venduta gli esiste un dritto di passo, il quale non si dà a divedere mediante lavori esterni; se alcuna delle sue parti è vincolata dalla servitù di non elevare l'edifizio oltre una certa altezza, etc.

Ricavo da Cicerone il fatto seguente, che è divenuto celebre nella soggetta materia (4).

Gli auguri, dovendo esercitare le loro funzioni sul Campidoglio, ingiunsero a T. Claudio Centimalio, proprietario di una casa situata sul monte Celio, la demolizione di una parte di essa, poichè era d'ostacolo alle loro osservazioni. Claudio la vendè a P. Calpurnio Lanario. Gli auguri gli trasmisero lo stesso comando. Calpurnio obbedì; ma avendo scoperto che Claudio prima di vendere la casa aveva ricevuto dagli auguri l'ordine di demolirla, lo chiamò in giudizio. La causa fu risoluta da M. Catone, padre del gran Catone. Il giudice pronunziò, che il venditore conscio del comando degli auguri, non avendolo dichiarato, doveva una indennità all'acquirente. Questa pronunzia è riferita da Valerio Massimo, il quale aggiunge: « *Summa quidem cum æqui-* « *tate: quia bonæ fidei venditorem*, « *nec commodorum spem augere, nec* « *incommodorum cognitionem obscu-* « *rare oportet* (5). »

Ma il venditore potrà egli, mediante un patto espresso, rilasciare que-

(1) Off., lib. 3, n. 17.
(2) L. 169, Dig. *De verb. signif.*
(3) L. 90, Dig. *De verb. signif.*

(4) Off., lib. 3, c. 16.
(5) Lib. 8, c. 2.

sti oneri a carico del compratore? Per risolvere tale quistione, è d'uopo distinguere: o il venditore conosceva la servitù imposta sull'immobile, o non la conosceva.

Se conosceva l'onere, e lo dissimulò, non potrà con una clausola generale escludente la garanzia sottrarsi all'obbligo di garantire il compratore (1). Il suo silenzio costituirebbe un dolo, di cui non potrebbe profittare. Tutto il vantaggio che ricaverebbe da siffatta clausola sarebbe di non esser tenuto a' danni ed interessi (2); ma non si esimerebbe dall'azione *quanti minoris*, o dall'azione rescissoria della quale tratteremo in seguito (3).

Nondimeno, se si fosse stipulato che la vendita fosse fatta a risico e pericolo del compratore, son d'opinione che il venditore sarebbe libero da qualsivoglia regresso. Abbiamo già visto (art. 1629), che tal patto produce effetti assai più estesi della semplice clausola escludente la garanzia.

Si osservi però, che il venditore si presume abbia cognizione dell'esistenza della servitù quando ha dovuto conoscerla. « Sciens est, dice « Cujacio, qui scire debuit; nam in « jure hæc paria semper, scire vel « scire debere, id est, obtendere i- « gnorantiam non justam (4). » Ma facilmente si scusa l'erede, il quale prima di dichiararsi nella successione, o averne esaminate le particolarità, ha un giusto motivo di non conoscere la condizione della cosa (5).

Il venditore ignaro dell'onere o della servitù, si pone al coperto da ogni regresso mediante il patto di non esser tenuto ad alcuna garanzia (6). Questo patto unito alla sua buona fede non lascia al compratore veruna causa di lamento.

I pratici hanno l'uso d'inserire negli atti che distendono delle formole di dispensa più o meno estese. Ma l'abuso ch'essi ne fanno, la facilità con cui le prodigano, dovranno prendersi dal giudice in considerazione per determinare, secondo i casi, l'importanza che ad esse conviene attribuire.

Esaminiamo del resto in sè medesima l'efficacia di varie fra queste clausole. Le opinioni sono ben discordi intorno all'effetto ch'esse debbono produrre.

529. La prima è questa: *in quello stato in cui si ritrova*, la di cui origine è antichissima, e l'uso assai frequente (7). Si domanda, se in una vendita così concepita, il venditore sia esente da qualunque regresso per le servitù occulte e non dichiarate nel contratto.

È fuor di dubbio che se il venditore conosceva lo stato dell'immobile, invano avrebbe tentato esimersi dalla garanzia mediante la clausola in discorso: tale è la conseguenza della

(1) Arg. dell' art. 1643, Cod. civ., *infra*, n. 560. L. 13, § 6, D. *De act. empt.* L. 39, D. med. titolo. L. 69, § 5, D. *De evict.* Il presidente Fabro, Cod., lib. 4, t. 33, def. 1. Brunemanno, sopra la legge 1, § 1, D. *De act. empt.*, e sopra la legge 61, D. *De edil. edicto.* Leggasi nel suo Comento di quest'ultima legge: « Omnino tenetur venditor *(licet protestatus fuerit se nolle teneri de servitute)*, bona fide, *servitutes cognitas*, significare. »

(2) *Infra*, n. 533.

(3) *Infra*, n. 533. *Junge*, Duranton, t. 16, n. 302; Delvincourt, t. 3, p. 150, nota 5.

(4) Sopra la legge 21, § 1. D. *De act. empt.*

(5) L. 21, § 1, D. *De act. empt.*

(6) Arg. dell' art. 1643. L. 39, D. *De act. empt.*

(7) Se ne trova un esempio nella legge 81, § 1, Dig. *De cont. empt.*

distinzione fatta al numero precedente. Voët lo dichiara espressamente (1). Ma la quistione è più ardua, se il venditore è in buona fede. Perezio (2) pretende che il patto, *qualis est fundus, sit tibi emptus*, esclude l'azione di garanzta (3). Domat (4) al contrario assicura che le clausole, *in quello stato in cui si ritrova, come il venditore l' ha posseduta, con i suoi dritti ed azioni*, non impediscono che il venditore sia responsabile delle servitù occulte e degli oneri non conosciuti. Bonrjon professa la stessa opinione, e giunge perfino a dire, che il venditore è tenuto degli oneri apparenti (5). La ragione che ne adduce si è, che *tali espressioni si riferiscono soltanto a ciò che è reale ed attivo, e non a ciò che è passivo, su di che il venditore ha dovuto spiegarsi con chiarezza.*

Quanto a me, son disposto a credere che una clausola tanto triviale come quella che ci occupa non deve produrre alcun effetto, essa è divenuta di mero stile, e le parti non vi annettono alcuna importanza. Non vi è neppure donazione in cui non la si trovi per disteso (6), sebbene al certo sia in tali atti destituta di qualsiasi effetto. Lo scorgere in una frase così adoprata per abitudine una dispensa dalla garanzia, porterebbe visibilmente ad alterare l'intenzione de' contraenti (7).

530. Havvi una clausola più estensiva della precedente, così concepita: *In quello stato in cui trovasi l' immobile*, E CHE IL COMPRATORE HA DICHIARATO BEN CONOSCERE.

Credo inutile il dire che sarebbe senza profitto pel venditore che avesse taciuta la servitù che conosceva; ma per quello concerne il venditore in buona fede, Loyseau (8) vuole che liberi il venditore dalla garanzta quando vi è astretto, ed io leggo in un giudicato della corte di cassazione del 26 Febbrajo 1829: « Attesochè il ricorrente, dichiarando « conoscere lo stato dei luoghi, ha « per contratto assunto l' onere di « tutte le servitù passive, apparenti « ovvero occulte, che affliggevano « l'immobile (9). »

Le circostanze dell' atto influiscono sempre molto sopra la risoluzione di simili quistioni. Tuttavia, nel dubbio, inclinerei ad abbracciare il sentimento opposto. Le enunciazioni mentovate, oltre che sono generalmente di stile (10), si riferiscono per il solito a ciò che è apparente. Il compratore dichiara di conoscere lo stato visibile della cosa. Ma in qual modo può aver contezza dei pesi occulti, se il venditore non gli ha ad esso dichiarati? e se gli sono stati dichiarati, perchè non furono specificati nel contratto? Noi sappiamo che i nostri atti notariali non peccano di

(1) De cætero venditorem qui vitium scivit, non excusabit, quod tempore venditionis generaliter pactus fuerit ac protestatus *se rem vendere qualis est, nec de vitiis ejus morbisve teneri* (ad Pand. *De ædil. edicto*, n. 10).

(2) Sopra il Codice *De act. empt.*, n. 9. Cita la glossa, Caldas e Gomez.

(3) *Junge*, Duranton, t. 16, n. 302.

(4) Lib. 1, t. 2, § 11, n. 13. Mi cita male a proposito la legge 81, § 2, D. *De cont. empt.*, la quale non contiene alcun che di simigliante.

(5) T. 1, p. 481, n. 40. Tale opinione è evidentemente esagerata rapporto agli oneri apparenti.

(6) V. la formula di Marculfo, lib. 2, form. 3. Vi si legge nella formula d'una donazione: *Sicut a nobis moderno tempore possidetur.*

(7) V. *infra*, n. 536, un esempio.

(8) *Garantie des rentes*, cap. 2, n. 16.

(9) Dall., 29, 1, 161.

(10) Marculfo, lib. 2, form. 14, dice, in una formula di vendita, *Mansis, domibus*, TOTUM ET AD INTEGRUM ET INEXQUISITA.

parsimonia di frasi. È d'uopo rimaner fedeli al principio, che in dubbio, l'interpetrazione dev'esser contraria al venditore (art. 1602).

531. Si riscontra negli atti di vendita un'altra clausola che dobbiamo esaminare, quantunque in siffatta materia le circostanze di fatto prevalgano sempre nei tribunali alle interpetrazioni date *a priori* dagli autori. Ed è la seguente: *nello stato in cui si trova*, CON TUTTE LE SUE SERVITU' ATTIVE E PASSIVE; ovvero, CON TUTTI I SUOI ONERI; ovvero, *con i medesimi dritti ed* ONERI *con cui possedevalo il venditore.*

Prima di tutto riprendiamo la distinzione fra il venditore sciente dell'onere, ed il venditore che n'è ignaro.

Il primo doveva partecipare all'acquirente la cognizione positiva della servitù, di cui sapeva l'esistenza. Adoprando un linguaggio equivoco, si è reso colpevole di una reticenza che non deve riescir dannosa al compratore. Le leggi Romane lo decidevano in casi molto analoghi al nostro. Un individuo vendendo un suo effetto, e sapendo che era onerato di più servitù, aveva vagamente detto: *Servitutes, si quæ debentur, debebuntur.* Ma Modestino risponde che sarà tenuto coll'azione *ex empto* (1); lo stesso sarebbe se si fosse limitato all'inserzione di questa clausola: *I dritti di passo si conserveranno nel medesimo stato, o continueranno ad appartenere a quelli cui spettano* (2). Tutti questi patti sono troppo ambigui per esonerare il venditore. Il più delle volte sono formule astutamente inserite per sorprendere il compratore, e dipingergli come dubbiosi degli oneri positivi. Quindi le leggi Romane le riguardarono come astuzie riprovevoli (3), e Cujacio ne parla con queste energiche frasi: « Si « venditor, cum sciret fundum quem « vendebat, debere vicino servitu- « tem aliquam, id reticuerit, et ut « verbis rem infuscaret, et quoquo « modo, si fieri possit, sese obligatio- « ne exueret, perfusorie et genera- « liter ita vendendo dixit: *si quæ debentur, debebuntur*, et nihil dixit « de ea quam sciebat deberi, hic « sermo generalis captiosus est, nec « venditorem excusat (4). »

Abbondano gli argomenti per giustificare che la giurisprudenza Francese si è sempre uniformata a questi principj del dritto Romano. Bouvot (5) e Brillon (6), citano una decisione del parlamento di Borgogna del 26 Aprile 1605, da cui resulta, che un contratto mediante il quale un particolare vende un effetto *con tutti i suoi oneri*, senza dichiarare un censo che sapeva esistere, non può aver sussistenza. D'Olive (7) riferisce un giudicato del parlamento di Tolosa del 7 Luglio 1633, col quale la De Salinier avendo venduto a Roux una casa, *cogli aggravj ed* ONERI QUALUNQUE SIENO *a' quali si trovasse soggetta*, fu condannata a indennizzare l'acquirente della diminuzione di valore prodotta da un peso

(1) L. 39, D. *De act. empt.*

(2) Scævola, l. 69, § 5, D. *De evict. Junge*, Ulpiano, l. 13, § 6, D. *De act. empt.*, e l. 1, § 1, medesimo titolo.

(3) *Quia emptorem decepit*, dice la legge 69, § 5, *De evict.* Scævola.

(4) Sopra la legge 39, D. *De act. empt.*

(5) Decisioni di Borgogna, *Vente*, q. 38.

(6) Diz. delle Decis., v° *Vente.*

(7) Questioni notabili, lib. 4, cap. 24.

che non aveva espressamente dichiarato, sebbene sapesse di esserne debitrice. Così pur giudicò la corte di Colmar con decisione del 26 Dicembre 1821 (1), in una specie, in cui il venditore sciente di un canone livellare imposto sull' immobile venduto, si era fatto forte della clausola *con gli stessi dritti e pesi con i quali l'aveva acquistato e posseduto*. Quindi tengasi per fermo che niuna delle clausole sovr' enunciate, è assai potente per imprimere alla vendita il carattere d' un contratto aleatorio, e la garanzia può esser reclamata (2).

Ma dovrà dirsi lo stesso, se il venditore è in buona fede? A tal quistione il giureconsulto Modestino risponde, che la stipulazione, *si quæ servitutes debentur, debebuntur*, è sufficiente a liberare dalla garanzia il venditore ignaro, il quale non potè render noto al compratore il vero stato delle cose (3). E la corte di cassazione statuì, con decisione del 6 Marzo 1817 (4), che il patto *coll' onere di qualunque servitù attiva e passiva, apparente ed occulta*, è di tal natura da favorire un venditore *di buona fede*, ancorchè la servitù imposta sull' immobile fosse un dritto d'uso. Sono infatti di parere, che tanto nell' esempio offerto dalla legge Romana, quanto nella specie giudicata dalla corte di cassazione, il patto aveva bastante latitudine e precisione per equivalere al patto di non garanzia (5). Esso non era una di quelle frasi triviali che si usano senza pensarvi, e delle quali può dirsi *sine mente sonum*. L' attenzione del compratore era stata eccitata, e non poteva dolersi di alcuna sorpresa. Ma se invece di siffatta stipulazione, l'atto fosse impinguato di quelle espressioni parassite e macchinali, le quali travisano gli istrumenti notariali, non si dovrebbe far caso di quel cicaleccio, rammentando quel riflesso d' Ubero: « Ejusmodi clausulam, *cum juribus, commodis, ac servitutibus*, « quæ in stylum complementi notarialis abiit, non posse venditorem « tueri a præstatione rerum, quibus « ex natura contractus teneatur (6). » È però officio del giudice l' apprezzare l' importanza di siffatte clausole, e rintracciare sotto le apparenze loro, sovente ingannatrici, la vera intenzione delle parti.

532. Ma che dovrebbesi decidere se la servitù fosse resa palese nei documenti rimessi al compratore.

La risoluzione dipende dalle circostanze.

1° Se il contratto dichiara che la cosa è franca e libera, il venditore sarà tenuto alla garanzia; perchè vi ha ragione di credere che siasi obbligato a togliere i pesi (7).

2° Se il contratto è muto, ed i documenti sono stati consegnati al compratore prima del passaggio dell' atto, credo che il venditore sarà esente da qualunque garanzia. I documenti furono comunicati al com-

(1) Dalloz, *Vente*, p. 887, nota 1, n. 2.

(2) Un giudicato della corte d' Agen del 30 Ottobre 1830 (D. 31, 2, 76), che sembra in uno dei suoi considerandi contrario, si concilia però coll' osservare, che la corte finisce col dichiarare in fatto che l' acquirente conosceva l' onere.

(3) L. 39, D. *De act. empt.*

(4) Dalloz, *Servitudes*, p. 7 e 8.

(5) Si potrebbe nullameno, esaminando la decisione della corte di cassazione, proporre la quistione se la clausola d' esenzione di servitù latenti dovesse nel concetto delle parti estendersi ad un dritto d' uso. Serj dubbj possono elevarsi, ma non risolversi che con i dati di fatto di ciascuna specie.

(6) Sopra il tit. *De evict.*, n. 10.

(7) Bourjon, t. 1, p. 481, n. 12.

pratore onde minutamente gli perscrutasse, e non vi è da credere che fosse tanto trascurato da non leggerli. La consegna del documento portante menzione della servitù, equivale dunque alla dichiarazione dell' esistenza di tale onere.

3° Finalmente, se la vendita si perfeziona senza che il compratore sia informato, e che i documenti non gli sieno rimessi che dopo la stipulazione dell' atto, come spesso avviene (arg. dell'art. 1605), il venditore è astretto alla garanzia. Le condizioni dell' articolo si verificheranno.

533. Esaminiamo ora cosa comprendesi nell' azione in garanzia del compratore.

Se le servitù, o altri pesi occulti sono di tale importanza da fare ragionevolmente presumere che il compratore non avrebbe fatto l'acquisto, se ne avesse avuto contezza, può domandare la rescissione del contratto. Ciò si rilascia all' arbitrio del giudice (1). Se la vendita si risolve, il compratore rende la cosa, ed il prezzo gli è restituito (2).

Se la servitù non è assai importante per far presumere che l' acquirente conoscendola non avrebbe comprato, gli spetterà un' azione d' indennità. Tale azione nomavasi nel dritto Romano *quanti minoris*. Tende alla condanna del venditore a soffrire, a norma di opportuna perizia, un defalco sul prezzo corrispondente a quel meno che avrebbe sborsato il compratore se avesse avuta la scienza dell' onere (3). Ulpiano lo dice con queste parole: « Quoties de servitute « agitur, victus *tantum præstare de-* « *bet*, quanti minoris emisset, em- « ptor, si scisset hanc servitutem « impositam (4). »

Non sempre dà luogo alla refusione dei danni ed interessi; spesso si limita ad una detrazione sul prezzo, stimandosi l' immobile secondo il suo valore al tempo della vendita (5). Già osservammo che Ulpiano lo decide formalmente, *tantum præstare debet*, etc.

Bensì il venditore di mala fede, cui cioè era nota la servitù, e che nondimeno l' ha dissimulata al compratore, dovrà condannarsi a' danni ed interessi (6), poichè questo è dolo meritevole di punizione. Ma se per plausibili motivi, e per giusto errore avesse ignorato l' esistenza dell' onere, tutta l' indennità si limiterebbe al defalco sul prezzo (7). « Cum ven- « ditor ignorabat servitutes, dice la « glossa (8), non ad interesse tene- « tur tunc, sed quanti minoris. » (Arg. dell' art. 1646.)

La ragione si è che l' errore intorno alla qualità d' una cosa potendo verificarsi per cagioni plausibilissime nel padre di famiglia il più diligente, non conviene spiegare troppa severità onde non inceppare col mezzo di regressi rovinosi il commercio delle cose. D' altronde, generalmente non ne deriva pel compratore un detrimento tale che possa farne lamento, quando il prezzo è stato proporzionalmente diminuito.

534. Vi è un altro caso in cui

(1) Pothier, *Vente*, n. 202.
(2) Arg. dell' art. 1644.
(3) Pothier, *Vente*, n. 202.
(4) L. 61, Dig. *De ædil. edicto*.
(5) Arg. dell' art. 1601, e 1617.
(6) D' Olive, quest. not., lib. 4, cap. 23 e 24. Arg. dell' art. 1645.
(7) Idem, decisione del parlamento di Tolosa del 7 Luglio 1733. Despeisses, p. 26, col. 2, n. 18. *Supra*, n. 13.
(8) Sopra la legge penultima. Dig. *De evict.*

il venditore, abbia o non abbia ignorato la servitù, è tenuto ai danni ed interessi, ed è quando ha dichiarato che l'immobile era franco ed esente da qualunque servitù. Così pronunziò il parlamento di Tolosa con decisione del 28 Marzo 1628 (1), d'accordo con la glossa (2). Domat insegna la stessa dottrina (3), che si fonda nella legge 21, § 2, D. *De act. empt.*

535. Il disposto dell'artic. 1638 è o nò applicabile alle vendite coatte?

Agiterò tal quistione al n. 584.

ARTICOLO 1639.

Le altre quistioni che possono nascere per la refusione de' danni ed interessi dovuti al compratore per l'inesecuzione della vendita, devono esser decise secondo le regole generali stabilite al titolo *dei contratti o delle obbligazioni convenzionali in genere.*

SOMMARIO.

536. Il compratore deve indennizzarsi anche delle degradazioni da lui commesse, o delle quali è costretto a pagare l'importare al terzo attore in rivendicazione.

537. Il venditore di buona fede non deve la refusione dei danni ed interessi *extrinsecus.*

538. Non è tenuto ad essi che in due casi: 1° Se fu in mala fede.

539. 2° Se tali danni furono previsti.

COMENTO.

536. L'articolo 1639, fa un rinvio alle regole generali intorno ai danni ed interessi. Ma tale disposizione è superflua, giacchè ognuno sa che i principj stabiliti nel titolo delle obbligazioni dominano tutti i contratti.

Profitteremo nondimeno dell'occasione che ci offre l'articolo 1639, per rammentare alcune regole che si applicano direttamente alla vendita.

Il compratore deve dal venditore esser reso indenne da tutte le condanne proferite contro di lui. Simile proposizione ha tanta latitudine, che è applicabile anche al caso in cui il compratore è stato tenuto responsabile delle degradazioni; lo che avverrebbe se posteriormente al contratto avesse avuto cognizione delle ragioni del terzo esercente la rivendicazione. La ragione è, che se egli ha avuto torto di fronte a quest'ultimo nel commettere tali degradazioni, non è così però rimpetto al suo garante, sull'intervento del quale aveva dritto di sperare, e che lo ha investito di un titolo di proprietà (4).

Nonpertanto, dopo la domanda e durante la lite, il compratore, ancorchè abbia acquistato in buona fede, non deve fare alcuna degradazione, e se è condannato per quelle che ha fatte, non ha regresso contro il suo garante.

Avviene lo stesso, se all'epoca del contratto, il compratore ha saputo che la cosa non era di pertinenza del venditore (art. 1599).

537. È un principio che il venditore di buona fede non è tenuto che

(1) D'Olive, *loc. cit.*, cap. 23.

(2) *Loc. cit.*

(3) Lib. 1, t. 2, Sez. XI, n. 12.

(4) Pothier, *Vente*, n. 128.

ai danni ed interessi sofferti dal compratore *propter rem ipsam* (1). Ciò che abbiamo detto comentando gli articoli dal 1630, fino al 1636, non è che l' applicazione e lo sviluppo di questa verità fondamentale nella presente materia.

In tal guisa, il venditore di buona fede non è debitore de' danni ed interessi per la perdita sofferta *extrinsecus* dal compratore. A modo d'esempio, compro una casa da abitazione, poscia vi stabilisco un albergo; essendomi evitta, il dissesto che io risento nel mio commercio non potrà formare subietto d'una domanda de' danni ed interessi; perocchè tal detrimento affligge piuttosto gli altri miei beni (*extrinsecus*), che la cosa istessa da me comprata (*propter rem ipsam*) (2).

538. Ma se il venditore fosse in mala fede, sarebbe tenuto ai danni sofferti *extrinsecus* dal compratore. Il dolo allora tiene obbligato il venditore, accresce i suoi danni naturali, ed è una giusta causa di severità (3).

539. Talvolta avviene che il venditore di buona fede è tenuto ai danni ed interessi sofferti *extrinsecus*. Ciò si verifica allorchè simili danni sono stati preveduti all' epoca del contratto. Se a modo d'esempio, nella specie configurata al n. 537, il compratore si fosse presentato in qualità di albergatore, ed avesse dichiarato di volere stabilire una locanda nella casa comprata, il vendito e sarebbe tenuto, in caso d'evizione, ai danni che risentirebbe per la cessazione del suo commercio (4); perocchè tali danni non sarebbero una perdita imprevista.

ARTICOLO 1640.

La garanzia per causa d' evizione cessa quando il compratore si è lasciato condannare con una sentenza pronunciata in ultima istanza, o di cui non è più ammissibile l'appellazione, senza chiamare in giudizio il venditore, se questi provi che vi erano sufficienti motivi per far rigettare la domanda.

SOMMARIO.

540. La garanzia cessa se il venditore prova che il compratore ha omesso di addurre dei mezzi decisivi di perimere la domanda di rivendicazione.

541. Condizioni per l' applicabilità di questa regola.

542. Spetta al venditore il dimostrare il vizio della difesa.

543. Diversamente l' azione in garanzia segue il suo corso. Durata di tale azione.

COMENTO.

540. Ho già toccato la disposizione contenuta nell' articolo 1640 (5). È desunta dall' antica giurisprudenza, la quale parimente l' aveva attinta dal dritto Romano. Posa su quel principio più volte da noi richiama-

(1) *Supra*, n. 298 e seg. Pothier, *Vente*, n. 137.
(2) Pothier, *Vente*, n. 137. V. *infra*, n. 539.
(3) Pothier, *Vente*, n. 138, *Oblig.*, n. 166, e *Limitation*, n. 167.
(4) Pothier, n. 139. *Supra*, n. 300.
(5) *Supra*, n. 421, 424, 436, 440, 441.

to, che l'evizione generata dal fatto del compratore non può addebitarsi che a lui solo (n. 421).

Il compratore talvolta ha interesse ad essere evitto. Se un avvenimento di forza maggiore degrada la cosa comprata, se per l'effetto delle variazioni nel prezzo dei beni, scapita sul suo valore primitivo, sarà pel compratore una fortuna che un terzo diriga contro di esso un'azione vendicatoria; perocchè abbiamo veduto, che in caso d'evizione ha dritto a repetere dal venditore l'intiero prezzo (1). Ma sarebbe cosa opposta alla stabilità dei contratti che un acquirente disgustato dell'immobile da lui comprato, colludesse coll'attore in rivendicazione per sottrarsi ad obblighi precisi, e costringere il venditore a restituirgli il prezzo. La legge dunque ha prescritto, che se il compratore si lascia condannare in ultima istanza senza far valere tutti i mezzi di difesa, sia privato di qualunque regresso contro il venditore.

541. Si osservino bene le due condizioni dalle quali il nostro articolo fa dipendere la decadenza del compratore. È d'uopo,

1° Che sieno esistiti dei mezzi per combattere la domanda;

2° Che tali mezzi fossero sufficienti a farla rigettare, e che il compratore abbia omesso di prevalersene.

542 Incombe al venditore la prova della mala difesa fatta dal compratore. Il nostro articolo così dispone.

Si dimanda su tal proposito, se il venditore potrà sostenere che l'acquirente si è mal difeso, allorchè, attaccato per la via ipotecaria, non ha impedito il suo spoglio facendo la purgazione.

Ho dimostrato nel mio comento sopra le ipoteche (n. 822), che il venditore non dovrà ascoltarsi in questa eccezione.

Primieramente, la purgazione è facoltativa. Il compratore non contrae l'obbligo di operarla. È tuttta nel suo interesse, nè il venditore può censurare la volontà che lo ha determinanato ad astenersene. Inoltre, la purgazione aggrava talvolta la posizione del compratore; lo costringe a sborsare tosto un prezzo per cui può avere una dilazione. Con qual dritto il venditore lo rimprovererebbe di essersi arrestato dinanzi a questa novazione de' suoi dritti? Finalmente, la purgazione non è un'eccezione perentoria contro la riveudicazione; non è un mezzo decisivo per tener ferma la vendita, poichè i creditori possono evincere l'acquirente mediante il rincaro d'un decimo.

543. Se il venditore non perviene a dimostrare che il compratore ha fatto una mala difesa, l'azione in garanzta deve proseguire il suo corso, e produrre il suo effetto (2).

S'intenta come azione principale, e avanti al tribunale del domicilio del reo (3). Dura trent'anni a datare dal giorno dell'evizione. (Art. 2257.)

(1) *Supra*, n. 481. Si può vedere un altro esempio, che prova l'interesse del compratore, nel mio comento sopra le Ipot., t. 3, n. 822.

(2) Decisione della corte di Brusselles dell'8 Marzo 1820 (Dalloz, *Vente*, p. 866).

(3) *Supra*, n. 294.

FINE DEL TOMO PRIMO DELL' EDIZIONE DI PARIGI.

CODICE CIVILE

LIBRO TERZO.

TITOLO VI.

DELLA VENDITA.

DECRETATO IL 6 MARZO 1804, PROMULGATO IL 16.

SEGUITO DEL CAPITOLO IV.

§ II.

Della garanzia per i vizj della cosa venduta.

ARTICOLO 1641.

Il venditore è tenuto a garantire la cosa venduta dai vizj occulti che la rendono non atta all' uso cui è destinata, o che talmente lo diminuiscono, che se il compratore gli avesse conosciuti, o non l' avrebbe comprata, o avrebbe offerto un minor prezzo.

ARTICOLO 1642.

Il venditore non è tenuto per i vizj apparenti, e che il compratore avrebbe potuto da sè stesso conoscere.

ARTICOLO 1643.

È obbligato per i vizj occulti, quand' anche non gli fossero noti, eccettochè se avesse stipulato di non essere in questo caso tenuto ad alcuna garanzia.

SOMMARIO.

544. Delle garanzia per vizj redibitorj. Riassunto delle garanzie date al compratore dal contratto di vendita.
545. Ne' primi tempi le garanzie nelle vendita non si doveva per dritto. Opera dei giureconsulti Romani per render concordi il dritto e la morale. Come la vendita diventa contratto di buona fede.
546. Equo editto degli edili sopra i vizj redibitorj.
547. Ragioni, per le quali il venditore non è obbligato a garantire tutti i vizj indistintamente. Teoria dei vizj redibitorj.
548. Essa ha luogo nelle vendite d' immobili. Disparere con Duranton. Esempj più o meno esagerati

di cagioni redibitorie. Erbe velenose, arie pestifere, apparizioni. L'azione redibitoria si esercita massime pei mobili.

549. Cause redibitorie generali e speciali. Casi redibitorj preveduti dagli antichi statuti, ai quali si deve riguardo.

550. Esame dei casi redibitorj speciali. Numerosissimi presso i Romani. Molto ristretti dai moderni statuti. Facilità di rimanere ingannato nelle compre dei cavalli. I nostri regolamenti, abbenchè meno severi di quelli dei Romani, meglio favoriscono l'agricoltura e l'industria.

551. Vizj da garantire nella vendita de' cavalli. Ragioni per escludere la garanzia degli altri.

552. *Quid*, del contagio?

553. Casi redibitorj per gli altri animali. Dacchè il commercio delle lane de' merini s'è esteso, bisogna andar più là degli statuti, e considerare le malattie occulte che alterano la qualità delle lane.

554. Casi redibitorj generali. Il venditore non è tenuto pei vizj manifesti.

555. *Quid*, d'un quadro di scuola? L'errare circa al pittore che fecelo, costituisce un vizio manifesto?

556. Interessante quistione trattata innanzi le corte di Lione intorno ai vizj redibitorj d'un immobile. Se, per essere redibitorio, un vizio deve per necessità essere inenarabile. Errore della corte di Montpellier.

557. Altri esempj di casi redibitorj generali.

558. Se possasi agire contro un venditore di grano da seme che non germoglia.

559. La mancanza di misura non è un vizio redibitorio. Questi non cadono che sulla qualità.

560. Il venditore si libera dalla garanzia col dichiarare i vizj, e con una clausola derogatoria alla garanzia di dritto. Formola in proposito.

561. Clausole estensive della garanzia di dritto.

562. Non bisogna dar troppa importanza alle parole usuali di cui si servono i venditori per lodare la lor mercanzia.

563. Caso, nel quale il venditore dev'esser costretto a mantenere le sue promesse.

564. *Quid*, se le lodi date alla cosa furono accompagnate da raggiri per ingannare il compratore? Esempio dato da Cicerone.

565. Altro esempio più moderno, e che prova l'equità del Codice civile.

566. Conclusione, e passaggio agli articoli susseguenti.

COMENTO.

544. Il § attuale termina di assicurare il compratore, occupandosi dei difetti della cosa, conosciuti col nome di *vizj redibitorj*.

Non si rileverà mai abbastanza con quale avvedutezza sieno state determinate le parti tutte dell'azione *ex empto*; del che, il primo onore si deve alle leggi Romane, cui dobbiamo le disposizioni principali del contratto di vendita.

Vedemmo in primo luogo come il venditore sia tenuto della esistenza della cosa al momento del contratto (1), e debba consegnarla nella quantità tutta indicata e promessa (2).

In secondo luogo volle il legislatore che questa cosa gli appartenesse, e al compratore ne trasmettesse la intiera proprietà; non dovendo il compratore in tutto o in parte restar privo della cosa che intese comprare in totale. Era necessario che il corpo stesso di questa cosa, la sua sostanza, e la materia sua fossero assicurati a quello con cui il venditore aveva trattato (3).

Ma non è tutto: il dritto di proprietà può soggiacere a modificazioni. Una cosa può essere gravata di servitù e di oneri che senza distruggere il dritto, lo limitino e diminuiscano; ed in questo caso la legge ha voluto che il compratore fosse assicurato da tal pericolo. Non basta che il compratore rimanga nel possesso materiale della cosa, nè che il venditore abbiagli dato nelle mani quel vincolo che unisce la cosa al proprietario, e questo vincolo sia durevole e solido; fa d'uopo inoltre, che pieno sia ed intiero il dritto di proprietà, che sia una proprietà nel grado il più e-

(1) Art. 1601, *supra*.
(2) Art. 1616 e seg.
(3) Art. 1626 e seg.

minente, un dritto supremo sulla cosa, se così posso dire.

Un'ultima condizione è finalmente imposta al venditore, ed è quella di cui siamo per occuparci. Nella cosa venduta, oltre la materiale esistenza, oltre un dritto di proprietà, oltre la libertà e l'esenzione da ogni peso, vi sono pure delle qualità che più o meno atta la rendono allo scopo che il compratore si prefisse. La buona fede voleva dunque che il venditore fosse garante di queste sostanziali qualità, senza di che la cosa comprata sovente si rimane senza valore.

Questo confronto delle principali disposizioni, sopra le quali l'azione *ex empto* è posata, fa vedere nel sistema del contratto di vendita un tutto compiuto, e conforme affatto alla buona fede ed alla lealtà.

545. Ma non fu sempre così, e solo per gradi i giureconsulti pervennero ad affratellare il dritto e la morale. Sotto le aristocratiche leggi delle dodici tavole, allorchè la società Romana rozza era pur sempre, ed ignorante, ed i cittadini sottomessi all'impero de' sensi non si tenevano per vincolati che da parole o atti solenni, il contratto di vendita non produceva garanzia, se non era stata espressamente stipulata (1). Onde la buona fede si osservasse, conveniva che fosse manifestamente promessa; le sole convenzioni obbligavano, in formali stipulazioni ridotte; quel che detto non era stato, non generava vincolo alcuno. È questo un fatto del pari curioso ed importante da Cicerone attestato nel suo ammirabile libro *Degli uffizj* (2). Siffatta era la morale di que' barbari tempi! O per dir meglio, tal'è la mancanza di morale che si scorge ne' popoli remoti ancora dalla luce della civiltà. Nella storia del medio-evo gli stessi caratteri egualmente s' incontrano; e vi son de' filosofi, che ci esortano a studiare il dritto naturale risalendo alla barbarie!!!

I giureconsulti attesero grado a grado a cambiare questi meschini e materiali concetti. Vollero che chi mancava tacendo fosse obbligato nel modo stesso di colui che violava la fede promessa. Allora la buona fede entrò nei contratti, e si fece così una vera rivoluzione. La vendita, alla pari di tutti gli altri contratti, sottomessa alla tirannia delle parole, per la prima ne fu liberata; e divenne il più favorevole di tutti i contratti di *buona fede*, la quale senza esser promessa, si dovette naturalmente osservare (3).

546. Dopochè questo dritto delle nazioni civilizzate, anzi umanizzate (4) succedette a quello delle nazioni eroiche, allora gli edili-curuli, giudici delle dispute relative ai mercati, alle grandi strade, etc. (5), diedero fuori il famoso loro editto sopra i vizj redibitorj (6). I comenti, de' quali Ulpiano, Paolo e Cajo l'arricchirono, svilupparono i principj d'equità che vi dominano, e rimasero così ciò che di più perfetto in questa materia fu scritto.

547. Ma volendo che il venditore

(1) Vico, *Scienza nuova.*

(2) Lib. 3, n. 13. « Nam cum ex XII tabulis satis « esset ea præstari quæ essent lingua nuncupata... « a jureconsultis etiam reticentiæ poena est constitu- « ta » *Ivi*, n. 685.

(3) Vico, *loc. cit.*

(4) *Gentium humanarum*, come dice Ulpiano.

(5) *Histoire du droit Romain* di Berriat Saint-Prix, pag. 69.

(6) Nel Digesto, *De ædil. edict.*

fosse obbligato a garantire la qualità della cosa venduta, i Romani giureconsulti si astennero però dal rigore della scuola stoica, la quale esagerando il vero cadeva alla perfine nel falso. Se il venditore dovesse in modo assoluto garantire la cosa sua per scevra d'ogni vizio e d'ogni difetto, il commercio delle cose sarebbe distrutto; non vi sarebbe contratto di vendita che fosse sicuro, non compratore che non si lagnasse, non venditore immune da qualche molestia. D'ordinario un venditore aliena la cosa sua, perchè vi ravvisa qualche difetto, o ha cessato di piacergli: *Ille quod non placebat proscripsit* (1). Egli non agisce slealmente, se vendendola tace i motivi del suo disgusto. Quel che non conviene ad uno può convenire all'altro, i bisogni essendo relativi, e gli appetiti diversi. Il compratore ha potuto giudicare di per sè, e sapere che non comprava una cosa perfetta; quindi non poteva pretendere un'assoluta bontà.

Non è così, se il vizio della cosa sia capitale, e la renda non atta all'uso cui è destinata. Se il venditore conoscendo questo difetto lo tacque, intese ad ingannare il compratore, e si fece reo di un'azione colpevole, che deve dar luogo ai danni e interessi. Se non lo conobbe, si farà caso della sua buona fede, onde trattarlo con meno rigore; ma secondo i casi dovrà soggiacere, o allo scioglimento del contratto, o alla diminuzione del prezzo. È questa l'intiera teoria dei casi redibitorj, conosciuta presso i Romani, ed accolta in Francia da noi.

548. Nelle vendite degl'immobili, egualmente che in quelle de'mobili ha luogo la garanzia per i vizj redibitorj (2). Le leggi Romane ne danno l'esempio nella vendita di un terreno sottoposto all'influsso di un'aria pestifera che emana dal suolo (3), o producente erbe velenose e mortali invece di pasture (4). Cicerone parla d'una casa in tutte le stanze infestata da serpenti (5); ma questi esempj sono spinti un po'troppo. D'Argentrée (6) ne dà un altro che nel secolo XIX comparirà ridicolo, quello cioè d'una casa abitata dagli spiriti e dalle ombre (7).

Ma l'azione della garanzia per vizj redibitorj si esercita specialmente nelle vendite di cose mobili, ed in specie in quelle degli animali.

549. Le cagioni redibitorie sono

(1) Cicer., *De Officiis*, lib. 3, n. 13.

(2) Ulpiano, lib. 63 e 49, D. *De ædil. edicto*. Bonifacio, t. 4, p. 442. *Infra*, n. 555. Molineo dice di averlo fatto giudicare in pro' dei mercanti di Lione, compratori d'una casa (*De divid.*, p. 3, n. 620). Sentenza della corte di Montpellier del 25 Febbrajo 1807 (Dalloz, *Vente*, p. 888 a 889). Arg. dall'articolo 1638. A torto Duranton opina in contrario, t. 16, n. 317.

(3) L. 49 succitata.

(4) Diocl. e Mass., l. 4, C. *De ædil. edicto*. L. 19, § 1, Dig. *Locat. conducti* (Ulpiano).

(5) Uffizj, lib. 3, c. 10.

(6) Sopra Bretagna, art. 282.

(7) Non se faccia un rimprovero a D'Argentrée che viveva in tempi di credulità. Uomini d'ingegno elevatissimo credettero agli spiriti, testimone Plinio il giovine che racconta all'amico Sura la storia di quella casa d'Atene, dove nel silenzio della notte si udiva uno strepito di catene, e vedevasi comparire un formidabile spettro. Il filosofo Atenodoro vago di scuoprire questo mistero la tolse in affitto. Il fantasma gli si presentò accennandogli di seguitarlo. Atenodoro gli tiene dietro, e ben tosto lo vede disparire nel vestibolo della casa. L'indomani praticati alcuni scavi si rinvennero delle ossa cinte di catene. Furono riunite e pubblicamente sepolte; nè dopo questi ultimi uffizj il defunto turbò più oltre la quiete della casa (Epist., lib. 7, c. 27). Plinio fa fine consultando l'amico Sura sopra un soggetto *degno delle sue profonde meditazioni*. Non abbiamo la risposta di questi, per certo ben curiosa.

generali, o speciali. Generali son quelle, le quali per natura propria si applicano ad ogni sorta di cose, e che l'articolo 1641 definisce per quelle, le quali rendono la cosa venduta non atta all'uso cui è destinata, o che talmente lo diminuiscono, che il compratore non l'avrebbe comprata, o ne avrebbe offerto un prezzo minore.

Fa d'uopo inoltre che questi vizj sieno occulti, ed il compratore non abbia potuto convincersi di per sè della loro esistenza. (Art. 1643.)

Ogniqualvolta la legge o l'uso, o l'antico statuto non qualificano un vizio o un difetto occulto, bisogna giudicarlo secondo i generali caratteri fissati dal nostro articolo.

Le cagioni redibitorie speciali son quelle che si applicano ai cavalli, ai majali, alle bestie lanose o cornute. Esse sono contemplate e determinate dagli antichi statuti locali, o da regolamenti ed usi che il legislatore ebbe in animo di conservare. Se nell'articolo 1641 egli usò espressioni così generali, e'non fu per abbracciare ogni caso dove il compratore si lagni di vizj occulti, ma per comprendere i vizj tutti dai diversi usi e regolamenti locali tenuti siccome redibitorj (1). Aggiungasi, che generalmente, e tranne circostanze speciali, non è permesso di considerare come casi redibitorj altri che quelli previsti da tali statuti o regolamenti (2); e ciò per una ragione desunta meno dall'artic. 1648, talvolta fuor di proposito invocato a sostegno di questa proposizione, che dall'intenzione la quale necessariamente dovette presiedere al contratto intervenuto fra le parti. Il venditore ed il compratore sono reputati aver voluto obbedire a quest'uso, che dai più remoti tempi governa simili transazioni. Non si può ammettere in essi la intenzione di riserbare altri casi redibitorj, ed innovare così. L'abitudine, gli usi, le idee diffuse nel paese, la cognizione che comunemente si ha delle cose che fanno parte di tali contratti, sono la interpetrazione migliore di quel che intesero di fare i contraenti (3).

Nulladimeno, se fosse provato che un nuovo impulso dato ad uno dei rami d'industria di cui sono l'oggetto gli animali indicati di sopra, modificato avesse le idee ricevute in passato, non si dovrebbe esitare ad accrescere cotali modificazioni, e ritenere come redibitorj i casi che inutili o svantaggiose rendessero le compre fatte da quelli che in tali speculazioni si esercitano (4).

550. Esaminiamo i casi redibitorj speciali, per occuparsi poscia dei generali. Considerevole era presso i Romani il numero dei casi redibitorj nella vendita degli schiavi e degli animali; e a convincersene basta percorre il titolo del Digesto sull'editto degli edili. Con estremo rigore applicavano essi la massima, che il compratore è più favorevole del venditore, che ogni oscurità, dubbiezza od equivoco s'interpetra contro quest'ultimo, il quale deve manifestare tutti i vizj della cosa, affinchè la compra sia fatta con sicurezza.

Quindi se un cavallo avesse la lingua recisa (5), se un bove per mala

(1) Faure, e Fenel, t. 14, p. 168.

(2) Repert. v° *Cheval* e *Rédhibitoire*.

(3) Sentenza della corte di Caen, del 22 Novembre 1826 (Dall., 33, 2, 143).

(4) *Infra*, n. 553.

(5) Ulp., l. 8, D. *De ædil. edict.*

abitudine usava di cozzare (1), se un mulo avesse il vizio di dare indietro, se un cavallo era ombroso, e per paura faceva degli slanci, o una fuga pericolosa (2), si reputava vizioso, ed il venditore che avea taciuto questi vizj era costretto a riprendere l' animale venduto.

Gli usi moderni sono meno difficili, nè esigono tanta franchezza. In Francia (3), come in Europa (4), gli statuti hanno ridotto d' assai il numero dei casi redibitorj. Donde è derivato, che la compra di certi bestiami è divenuta cosa assai aleatoria, e che vi si è spesso ingannati. Il commercio dei cavalli specialmente è l' arte della menzogna e della frode messa in pratica, e le persone dei diversi stati che vi si mescolano, non rifuggono dal farsi rivali dei cozzoni o sensali per ingannare il compratore meno scaltro di esse. È perciò che talvolta reca stupore il vedere come il Codice civile, superiore sì spesso alle leggi Romane in equità, siasi mostrato ad esse inferiore in questa materia, nè abbia assicurato alla buona fede quel posto che altrove ella tiene mai sempre in grado cotanto eminente.

Non ci affrettiamo pertanto a condannarlo sulle apparenze; e forse quell' ordinamento dei Romani, sì bello in teoria agli occhi nostri, in pratica non era senza difetti. Il commercio dei bestiami è in Francia una fonte di ricchezze, cui non hassi a mettere ostacolo. Se a chi si esercita in questo ramo d' industria fossero suscitate difficoltà troppo minute, se troppo severamente venisse trattato per vizj che spesso può avere ignorati, massime chi se ne occupa in grande, queste cavillazioni nuocerebbero all' incremento dell' agricoltura e del commercio, e arresterebbero il brillante loro slancio per ricondurli forse a quello stato di languore, donde i Romani non seppero trarli giammai. In ricambio noi avremmo qualche lito di più, e dei compratori rovinati in spese invece d'essere ingannati dai cozzoni. A questo proposito Brillon riporta un fatto curioso. Nel parlamento di Parigi fu proposta la quistione, se lo spetezzare (*haut vent*), sia un vizio redibitorio in un cavallo. Dopo più interlocutorie, e tre o quattro relazioni di periti, le parti rovinate dalle spese di questa interminabile causa, abbandonarono l' istanza (5). Se vi sono dei venditori che vogliono ingannare, vi sono altresì dei compratori non mai contenti. Senza dubbio non si devono favorire i primi; ma sarebbe cosa impolitica conceder troppo ai secondi.

551. Vediamo frattanto ciò che gli statuti hanno fatto per garantire il compratore d' un cavallo.

Secondo che attesta il nostro vecchio Loisel (6), per dritto comune in Francia, il venditor di cavalli non è tenuto che del moccio (*la morve*), umore viscoso e sanguinolento che esce dalle narici; della bolsaggine (*la pousse*), o grave oppressione che produce un penoso batter del fianco; della scalmana (*la courbature*),

(1) Paolo, l. 43, id.

(2) Idem.

(3) Osservazione di Loyseau, *Garantie des rentes*, cap. 2, n. 12.

(4) Voet, ad Pand., *De ædil. edict.*, n. 11. Ubero, allo stesso titolo.

(5) Merlin, Rép., v° *Cheval* e *Rédhibitoire*.

(6) Lib. 3, tit. 4, n. 17. *Junge*, Coquille, *Inst. Coutum. des Contrats*, p. 147.

sorta di sfinimento generale. In questi tre casi la vendita del cavallo è nulla, perchè lo rendono inabile al servigio. Pressochè tutti i nostri statuti considerano questi tre vizj come redibitorj (1).

Sebbene nello stato ordinario queste malattie sieno apparenti, pure i cozzoni hanno il segreto di nasconderle per un certo tempo, col soccorso di medicine (2). Erano dunque necessarie certe disposizioni dirette a scansare le frodi che le scaltrezze dell'arte sanno mettere in opera per far cadere nel laccio il compratore. Queste tre malattie sono ritenute come incurabili (3).

A questi casi redibitorj un giudicato del parlamento di Parigi del 25 Gennajo 1781 aggiunse *le sifflage* (*a*) o *cornage* (4), consistente in un rumore che il cavallo fa respirando, e derivante da dolori acuti di petto, o da un vizio di conformazione. Questo caso redibitorio non è ammesso però dappertutto.

Tutti i difetti del cavallo, da quelli in fuori dei quali s'è parlato fin qui, *non si considerano punto*, dice Bourjon (5), e non impediscono che la vendita sussista. Non pertanto ve ne sono molti altri assai gravi, e che non si possono conoscere, se non che da un occhio ben esercitato, tanto i cozzoni giungono a palliarli (6).

Ma si sono avute in mente queste idee, che il compratore può prendere il cavallo a prova, o farlo esaminare da un perito; che talvolta un compratore di mala fede e malcontento della sua compra, potrebbe dare al cavallo un vizio o una malattia, che quindi attribuirebbe al venditore per farglielo riprendere; che finalmente è meglio addossare qualche rischio al compratore, dal quale egli al certo può garantirsi comprando con precauzione, che metter ostacolo al commercio dei cavalli con cautele troppo sottili.

552. La malattia contagiosa di cui l'animale sia affetto, è caso redibitorio (7), e ben più grave dei tre o quattro enumerati. Sebbene gli statuti non ne parlino, devesi ammettere *a fortiori*.

553. Passiamo agli altri animali, dei quali fassi commercio.

Oltre il contagio, vizio redibitorio per tutti, è tale per i bovi e le vacche il mal caduco, e *la pommelière*, etista polmonare (8). Secondo alcuni statuti locali queste malattie però non sono le sole.

È un vizio della natura stessa, la lebbra per i majali (9), ed il fuoco di S. Antonio per i montoni. In alcuni paesi, come il Maine, il Bigorre,

(1) Cambrai (t. 21, art. 5), Douai e Bar (t. 14, art. 204), Banigny (art. 91), Sens (art. 260) Bourbonnais (cap. 22, art. 87), Bretagne (art. 252). *Junge*, giudicato dal parlamento di Normandia del 30 Gennajo 1728 (Merlin, Répert., v° *Cheval* e *Rédhibitoire*).

(2) *Elémens de l'art vétérinaire*, par Bourgelat, pag. 290.

(3) Idem, p. 290.

(*a*) *Siffler*, dicesi d'una difficile operazione che fanno alcuni maniscalchi, e consiste nel foro ch'essi aprono ai cavalli bolsi nella parte superiore dell'ano, per la facilità della respirazione. (*Il Traduttore.*)

(4) *Répert.*, v° *Cheval.*

(5) T. 1, p. 464, n. 17.

(6) *Abrégé d'Hippiatrique.* Idées sur les ruses employées par les maquignons, p. 108.

(7) *Abrégé d'Hippiatrique*, p. 113. Bourjon, t. 1, p. 464, n. 19.

(8) Pothier, Orléans, Introduzione al t. 19, n. 138. *Vente*, n. 206.

(9) Loisel, lib. 3, t. 4, n. 13. Orléans, art. 425, 426, 427. La Thaumassière, sopra Bourges, cap. 79, pag. 275.

la Linguadocca, si ritiene per vizio redibitorio nelle vendite di animali lanosi, il capogiro, malattia cagionata dalla presenza di una specie di verme nel cervello. L' animale cammina a testa bassa, gira sopra di sè, e muore poco dopo come in follia.

Bisogna dire di più; che dopo di essere stati introdotti in Francia i merini, acquistando un nuovo pregio la bella qualità delle lane, non si debbono considerare soltanto le malattie che tolgono alla carne del montone il suo vero valore, ma quelle ancora che ne offendono la lana, e nocciono così alle speculazioni dei compratori. Per questa ragione fu deciso dal tribunale di Orléans, che la cachessia, o putrescenza dei montoni, che l' antico statuto non annoverava fra i vizj redibitorj, oggidì si deve considerar come tale (1); decisione che mi sembra ragionevolissima.

554. Vediamo frattanto lo stato della giurisprudenza sopra i vizj che s' incontrano in altri oggetti mobili o immobili, e che non previsti da regolamenti speciali, si régolano col principio generale stabilito nell'articolo 1641 (2).

Prima di tutto rammentiamo un principio importante, sul quale riposa tutta la teoria della garanzia, cioè che il venditore non è tenuto per vizj apparenti. Ne vedemmo delle applicazioni nei n. 418, 481, 483, 525. L' articolo 1642 lo estende al difetto di qualità della cosa venduta.

Perciò, se il cavallo comprato è cieco (3); se la malattia dell' animale si manifesta con segni evidenti (4); se la casa è antica o mal costruita, se il fondo va soggetto alle inondazioni di un fiume vicino (5), il compratore non potrà lagnarsi; la cosa gli è stata venduta quale egli la vede, nè si può dire che sia stato ingannato (6).

555. Io ho riferito di sopra (n. 15), un giudicato della corte di Parigi, il quale stabilisce che un compratore di quadri non può domandare che la vendita sia dichiarata nulla, perchè i quadri non sono dei pittori di cui portano i nomi. Infatti esaminando la quistione sotto il punto di vista di un vizio redibitorio, che unicamente qui deve occuparci, la qualità più o meno preziosa che danno ad un quadro il nome e l'ingegno dell' artista che n' è l' autore, non è una qualità occulta; i conoscitori se ne accorgono agevolmente; essi distinguono la maniera del pittore; essi hanno dei dati positivi per classare le varie scuole; il compratore ricorrendo ai medesimi potè dunque schivare ogni errore circa il merito della cosa.

556. Una interessante quistione fu trattata innanzi alla corte di Lione; essa si aggira sopra una difficoltà relativa ai vizj redibitorj d'un immobile.

La Laurent compra da Belin una casa per 150,000 franchi; la vendita vien fatta *nello stato in cui la casa si trova* (7).

Otto mesi dopo la Laurent fa verificare che quasi tutti i travi e travicelli, i quali sostengono i pavimen-

(1) Colas de Lanoue. Relazione d' una sentenza di Orléans del 4 Maggio 1812. Dalloz, *Vente*, p. 889, nota. *Supra*, n. 549.

(2) Ricavato dalla legge 1, § 8, D. *De ædil. edict.*

(3) L. 43, § 1, Dig. *De cont. empt.*

(4) L. 1, § 6 e 14, § ult., Dig. *De cont empt.*

(5) Domat, lib. 1, l. 2, Sez. XI, n. 10 e 11. Pothier, *Vente*, n. 208.

(6) L. 14, § 10, Dig. *De ædil. edicto.*

(7) Portata di questa clausola, *supra*, n. 528.

ti sono marci, che le vôlte hanno ceduto, che in molti luoghi il mattonato si è affondato, e che la casa minaccia una rovina generale.

Chiamato in giudizio Belin risponde; 1° che l'azione per vizj redibitorj nelle vendite degli immobili non ha luogo (1). Egli si appoggia sopra un passo del discorso di Faure, oratore del tribunato, il quale passando ad esaminare il titolo che tratta *della garanzia dei vizj della cosa venduta*, dice: *Ho parlato della garanzia relativa agli immobili; passiamo adesso a quella relativa ad altri oggetti.*

2° Che i vizj de' quali si lagna la Laurent sono apparenti, reparabili, e tali da non colpire la cosa di una perpetua inidoneità.

3° Che l'azione della Laurent non è altro che un'azione rescissoria per il capo della lesione, esposta sotto un aspetto ingannatore, e fuori dei casi prescritti dalla legge.

Sentenza del tribunale di Lione che rigetta queste diverse eccezioni per i seguenti motivi:

La dissoluzione dei travi e travicelli che sostengono quasi tutti i pavimenti della casa, è un vizio occulto, essendochè i travi e travicelli in tutta l'estensione loro sieno ricoperti ed inviluppati nella grossezza dei palchi o vôlte, e si trovino così fuor di ogni sguardo.

La Laurent non avrebbe potuto visitarli senza far demolire tutti i pavimenti, lo chè nè il venditore nè gl' inquilini avrebber potuto sopportare.

I vizj enunciati dalla Laurent, sono tali da fare sloggiare gl' inquilini. In tal caso la casa non è atta alla locazione, vale a dire all' uso cui è destinata. Se la Laurent avesse conosciuto questo stato di cose, non avrebbe comprato, o almeno ad un prezzo inferiore.

Forse non sarebbe così, se la casa fosse stata antica, e soggetta a vizj che possono esser presunti opera del tempo. Comprando una casa in istato di vetustà il compratore doveva attendersi a questi vizj; ma nel caso nostro la casa è nuova; il compratore volle comprarla in buono stato di costruzione e di solidità.

Appello.

Decisione della corte di Lione del 5 Agosto 1824, che adotta i motivi dei primi giudici (2).

Questa decisione mi sembra ben proferita.

La casa in quistione aveva un vizio occulto; era, per usare le pittoresche espressioni di Molinèo, *domum morbo laborantem* (3). Se il compratore avesse conosciuto questo vizio, o non avrebbe trattato, o sopra altre basi. In un contratto, l'errore non deve entrare giammai.

Il solo argomento un po'specioso proposto da Belin era, che il vizio non fosse irreparabile, nè colpisse la cosa di una perpetua inidoneità. « Osservate, egli diceva, i vizj considerati come redibitorj negli animali, quali sono il moccio, la bolsaggine, la scalmana! Perchè queste malattie formano dei casi redibitorj? Perchè sono incurabili. »

Ma questo sistema di analogia non poteva sostenere un esame accurato. Il moccio, per esempio, te-

(1) Vedemmo, *supra*, n. 528, l' inammissibilità di questo mezzo.

(2) Dalloz, 25, 2, 17.

(3) *De divid. et individ.*, p. 3, n. 621.

nuto per lungo tempo siccome morbo incurabile, non si riguarda più come tale dopo gl'immensi progressi fatti dalla medicina veterinaria (1).

Esaminata poscia in dritto la difesa di Belin, sebbene ricavata da una decisione della corte di Montpellier del 22 Febbrajo 1807, non aveva miglior fondamento (2). Questa corte disse: « Che i vizj debbono essere talmente inerenti alla « cosa, e per propria natura talmen- « te senza rimedio, che la cosa venduta sia per sempre, in tutto o « in parte, inidonea all' uso cui è « destinata, *come nei casi proposti nel dritto antico al titolo* DE ÆDIL. EDICTO, dal quale gli articoli del « nuovo codice sembrano tratti (3). »

È difficile citar peggio le leggi Romane.

Infatti in questo testo da Ulpiano tolto a Pomponio io leggo: « Pomponius recte ait: non tantum ad « perpetuos morbos, verum ad temporarios quoque hoc edictum pertinere (4). »

E l'aggiustatezza di questa proposizione specialmente si scorge, quando, trattandosi di un immobile, non si può togliere il vizio occulto che ne diminuisce il valore, se non che mediante considerevoli spese. L'eguaglianza che le parti contraendo sonosi proposta, è rotta chiaramente, e la vendita perde il suo carattere commutativo.

Un immobile può esser gravato di un onere redimibile, e perciò non perpetuo. Nonpertanto vedemmo nell' articolo 1638, che il compratore il quale non lo conobbe, può domandare lo scioglimento del contratto, oppure una indennizzazione. Perchè esser più severa, quando il valore della cosa viene diminuito da un vizio di qualità non riparabile, che per mezzo di inaspettati ed eccessivi sacrifizj? Il compratore ha contato di pagare 150,000 franchi; ma ecco che per vizj sconosciuti egli è costretto ad aggiungervi 14, 20, o 30 mila franchi di risarcimenti; è egli sicuro ch'ei possa fare questa spesa? Non è forse possibile che dessa superi le sue facoltà? e se egli non è in istato di farla, è giusto obbligarlo a ritenere una casa che minaccia rovina, che gl' inquilini abbandonano, e che resta improduttiva ed inutile? l' intenzione del legislatore non può esser tale. Perchè noi vedemmo (al n. 336), come statuì in un caso pressochè simile (5).

Finalmente, nell' artic. 1641 non v' è pur una parola, donde inferire che i vizj contemplati da esso debbano essere assolutamente senza rimedio. Basta che sieno gravi (6) da distruggere o diminuire l' uso della cosa nelle mani del compratore, e per rompere l'eguaglianza, o mutare le condizioni della vendita.

557. Continuando ad attenerci alle parole dell' art. 1641, pressochè eguali a quelle della legge Romana, *quod usum ministeriumque rei impediunt* (7), noi decideremo esservi

(1) *Manuel du Veterinaire*, p. 201.

(2) Dolloz, *Vente*, p. 889. L' autore delle raccolta non fà conoscere i fatti, e lascia ignorare qual fosse nel caso il vizio attribuito alla cosa.

(3) Questa decisione è approvata da Duranton, t. 16, n. 317. Io non posso essere del suo parere.

(4) L. 6, Dig. *De ædil. edicto.*

(5) Bisogno ricorrervi.

(6) Perchè i piccoli vizj non si dovrebbero punto considerare. Ulpiano, l. 1, § 8, Dig. *De ædil. edict.*

(7) L. 1, § 8, Dig. *De ædil. edict.*

caso redibitorio; 1° in un trave marcio al di dentro e dal venditore consegnato senza dichiarar questo vizio che ne impedisce l'uso; 2° nelle botti fatte di certo legno che comunica al vino un cattivo sapore; 3° nei drappi forati o guasti (1); 4° nelle vettovaglie naufragate e corrotte, non buone a far pane (2), nelle mandorle guaste, e di cattiva qualità, etc. (3).

558. Ma siccome lo spirito di sottigliezza tende ad abusare delle regole le più ragionevoli, si è sostenuto, che il venditore di grani destinati al seme poteva essere attaccato coll'azione redibitoria, se questi non germogliavano.

Basnage (4) ci fa sapere che il parlamento di Normandia, ha resi molti giudicati contro di questa pretesa. Invero il fatto solo della mancanza di germoglio ne' grani seminati, non è ragione sufficiente per decidere che sieno di cattiva qualità, e disadatti all'uso. Essi possono essere trattenuti da altre cagioni non imputabili al venditore; il cattivo tempo, l'influsso della stagione, i danni degli animali nocivi, una folla di circostanze possono concorrere a defraudare le speranze del coltivatore.

559. Altro abuso fatto dell'articolo 1641, è quello di volerlo applicare alla mancanza di misura nelle mercanzie che si vendono così. Basta leggere tale articolo per convincersi che esso intese parlare soltanto d'un vizio inerente alla sostanza, o alla qualità della cosa, e non già alla consegna di una quantità minore (5).

560. Il venditore può esimersi dai vizj occulti manifestandoli (6), o stipulando, se gl'ignora, di non esser tenuto ad alcuna garanzia (articolo 1643) (7). Ma se conobbe il vizio redibitorio, e invece di dichiararlo, ne lasciò il compratore nell'ignoranza, non potrà esonerarlo la semplice stipulazione escludente la garanzia. Questa soluzione emerge evidentemente dall'art. 1643, il quale tien conto di simil clausola nel solo caso di buona fede nel venditore (8). Sarebbe però altrimenti se la vendita fosse aleatoria; poichè la clausola *a tutto rischio*, *azzardo*, *e fortuna*, o *comprare a'proprj rischi e pericoli*, è ben più energica della stipulazione escludente la garanzia (9). Essa esonera ad evidenza il venditore che non avesse dichiarato il vizio redibitorio (10), e invano le si opporrà l'articolo 1643. Tale disposizione è fatta pel solo caso in cui la vendita non contenga che una semplice dispensa di garantire.

561. Ma se la garanzia può essere diminuita, niente impedisce di aumentarla e farla più rigorosa. È perciò che sebbene il venditore non sia tenuto dei vizj apparenti, una stipulazione espressa potrà sottoporvelo.

Parimenti, sebbene il venditore non debba garanzia per i vizj occulti che non sono così gravi da entrare nella classe dei redibitorj, egli la

(1) Pothier, *Vente*, n. 207. Boniface, t. 4, p. 445. *Journal des Audiences*, t. 7. Giudicato del 18 Gennajo 1719. Rouen, 11 Dicembre 1806. (Dall., *Vente*, p. 888; Sirey, 7, 2, 10).

(2) Boniface, t. 4, p. 449, e seg.

(3) Boniface, t. 4, p. 446.

(4) Sopra Normandia, art. 40, p. 104 e 105.

(5) Bordeaux, 25 Aprile 1828 (Dall., 28, 2, 156).

(6) Ulpiano, l. 14, § 9, D. *De ædil. edict.*

(7) *Supra*, n. 528.

(8) *Supra*, n. 528.

(9) *Supra*, n. 528, e art. 1629.

(10) Loyseau, *Garantie des rentes*, c. 2, n. 16 e 17.

dovrà però, qualora abbia venduta la cosa per sana e salva (1): buona, leale e mercantile (2): di prima o d'eccellente qualità. Questa specie di garanzia è quella detta *di fatto* (3); ed è così chiamata, perchè non è dovuta di dritto, e vi occorre il fatto delle parti per introdurla nella vendita. Una volta che il venditore vi si è obbligato, è tenuto pei vizj della cosa, se pure li avesse ignorati (4).

562. Non bisognerà pertanto confondere con una stipulazione di garanzia di fatto, quei vanti usuali che i venditori sogliono dare alle mercanzie loro, o all'oggetto di cui vogliono dispogliarsi; sono parole gettate, alle quali nessuno dà fede. Ulpiano ha detto in termini fortissimi: « Ea autem sola dicta sive pro« missa admittenda sunt, quæcum« que sic dicuntur ut præstentur, « non ut jactentur (5). »

563. Ma se da queste vaghe generalità, da queste lodi a fior di labbro le parti sono discese ad una conclusione espressa; se la qualità della cosa formò subietto di una promessa che ha determinato la compra, se questa cosa fu pagata un prezzo maggiore, perchè il venditore aveva formalmente promesso che essa aveva tale o tal' altra qualità; queste convenzioni non saranno già parole senza valore, vi sarà obbligazione positiva, ed il venditore sarà tenuto della garanzia.

A cagion d'esempio, un ispettore delle contribuzioni che non è buon cavaliero, abbisogna d'un cavallo agevole per fare le sue escurzioni, e compra quello mostratogli dal venditore, perchè quest' ultimo lo accerta che il cavallo è facile a menare, e non ombreggia. In questa convenzione egli è chiaro che la qualità del cavallo fu la condizione determinante, e il venditore sarà tenuto alla garanzia di fatto.

564. Il venditore sarà tenuto egualmente, se le lodi ch' egli ha date alla cosa, vennero accompagnate da artifizj per ingannare il compratore, perchè allora sarebbe un vero dolo (6).

Un tratto curioso di questi raggiri ci è stato conservato da Cicerone (7): « Cajo Canio Cavalier Roma« no, uomo faceto, e assai culto ed « erudito, essendo passato a Sira« cusa, non per affari, ma, come « egli solea dire, per godervi la sua « quiete, andava pubblicando di vo« ler comprare in quei contorni un « piccolo giardino, per condurvi qual« che volta i suoi amici, ed in lor « compagnia, lungi dagli importuni, « dolcemente ricrearsi e divertirsi. « Ciò divulgatosi, un certo Pitio, che « era banchiere in Siracusa, gli dis« se, che egli aveva un bel casino, « e per verità non volea venderlo, « ma che lo pregava di valersene « come se fosse realmente suo; e lo « invitò subito a venir il dì seguen« te a cena. Canio accettò l'invito, « e Pitio, il quale era a motivo del

(1) Loisel, lib. 3, t. 4, n. 17 dice: « Un vendeur « de chevaux n'est tenu de leurs vices, fors de mor« ve, pousse, courbes et courbatures, sinon qu'il « les ait vendus sains et nets, auquel cas il est tenu « de tous vices jusqu'après huit jours de la délivran« ce faite. »

(2) Loyseau, *Garantie des rentes*, cap. 2, n. 15.

(3) Idem, cap. 2, *supra*, t. 1, n. 411.

(4) Idem, n. 15. L. 49, Julianus, § 2, *De act. empt.*

(5) L. 19, § 3. Dig. *De adil. edicto.* Veggasi pure Ulpiano, l. 37, Dig. *De dolo*, e Fiorentino, l. 43, Dig. *De cont. empt.* Voet, ad Pand., *De ædil. edict.*, n. 3. Cujacio, sulla l. 43 sopracitata.

(6) Ulpiano, l. 39, Dig. *De dolo malo.*

(7) Uffizj, l. 3, cap. 11. Adatto la traduzione del March. De Silva. *(Il Traduttore.)*

« suo danaro, come ordinariamente « sono i banchieri, considerato e « ben visto da tutti gli ordini di per« sone, immediatamente radunò moltissimi pescatori, gl'indusse a ve« nire il giorno dopo a pescare di« nanzi al suo giardino, e diede loro « tutti gli ordini che al suo disegno « convenivano. All' ora prescritta « comparve Canio alla cena, che fu « lauta e sontuosa. Dinanzi al casino « vedevasi il mare tutto coperto di « barchette, o gondole; ed i pesca« tori presentavansi l'un dopo l'al« tro a Pitio, e gettavano a' suoi « piedi in un gran mucchio i pesci, « come se in quel punto gli avesse« ro presi. Canio sorpreso da un tale « apparato, di grazia, disse a Pitio, « che cosa è questa? Vi è qui tanto « pesce, e vi si veggono forse ogni « giorno tanti battelli? Di che vi stu« pite? rispose Pitio. Tutto il pesce « che si può avere in Siracusa, in « questo luogo si trova; qui vengo« no i pescatori a provvedersi di ac« qua; e l'accesso di questa villa si « rende loro assolutamente necessa« rio. Canio, acceso allora dal desi« derio di possederla, supplica Pitio « istantemente a volergliela vendere. « Il banchiere alla prima se ne mo« stra affatto alieno, e finalmente, « dopo essersi lasciato molto prega« ro, finge che di mala voglia vi ac« consente. Canio, trasportato dal« l'ardente sua brama, e come uo« mo facoltosissimo non guardando « a spesa, la compra con tutti i mo« bili a quel prezzo che piace all'al« tro; glie ne fa obbligo corrispon« dente, e in tal forma resta il ne« gozio concluso. Il giorno dopo Ca« nio invita i suoi amici. Egli viene « per tempo alla villa; ma non ve« de nè battelli, nè pescatori. S'in« forma dal primo vicino, se corre« va forse in quel giorno qualche « festa per quella gente. Nessuna, « risponde il vicino; ma qui non si « suol mai pescare, e perciò jeri io « non sapeva a che attribuire que« sta novità. In udir ciò, sentissi Ca« nio tutto commovere dallo sdegno. « Ma a qual rimedio poteva egli ri« correre? Imperciocchè Aquilio, che « fu mio collega ed amico, non a« veva per anche pubblicate le For« mule della mala fede, o sia del « dolo; e solamente, quando di ciò « veniva interrogato, soleva rispon« dere con tutta la chiarezza, e da « uomo veramente perito nelle defi« nizioni, che il dolo consiste nel « simulare una cosa, e farne un'al« tra. Pitio conseguentemente, e tut« ti coloro i quali adoperano come « lui simili fraudi o inganni, sono « uomini artificiosi, perfidi, e scel« lerati. »

565. Più fortunati di Canio, mercè l'equità del Codice civile, ma non meno confidenti e creduli, tre proprietarj del circondario d'Uzès, Roche, Astruc e Blain, comprarono per il prezzo di 2,500 franchi da un tal Peland istitutore, un metodo di calligrafia, per il quale questi aveva ottenuto un brevetto d'invenzione nel 1827. Pelaud aveva promesso, che questo metodo era superiore a tutti gli altri, e che in 20 lezioni si poteva apprendere ed insegnare quattro generi di scrittura, e sei in 30. Ma queste promesse, spacciate per la via di affissi e di circolari, non corrisposero punto alle speranze dei compratori, i quali domandarono la nullità della vendita. Essi sostennero, che il metodo loro ceduto conteneva

dei vizj occulti, conosciuti dal venditore, e che lo rendevano inefficace. Dopo più perizie ordinate per verificare i resultati del metodo di calligrafia vantato da Pelaud, e decantato ne' suoi prospetti, la corte di Nimes, convinta che le costui promesse non potevano riuscire ad effetto, annullò la vendita della quale erano state cagione. La sua decisione è del 21 Dicembre 1829 (1).

(1) Dall., 30, 2, 101.

566. Questa riunione di fatti che noi abbiamo offerta al lettore, basterà per dare una chiara idea di ciò che in dritto si chiama vizio redibitorio. Negli articoli susseguenti vedremo in che si risolva l'azione, la quale il compratore ha dritto di promuovere contro del venditore che gli ha data una cosa infetta di tali vizj.

ARTICOLO 1644.

Il compratore, nei casi contemplati negli articoli 1641 e 1643, ha la scelta di rendere la cosa e farsi restituire il prezzo, o di ritenerla, e di farsi rendere quella parte di prezzo, che sarà arbitrata dai periti.

ARTICOLO 1645.

Se il venditore conosceva i vizj della cosa venduta, è tenuto, oltre alla restituzione del prezzo ricevuto, a tutti i danni ed interessi verso del compratore.

ARTICOLO 1646.

Se il venditore ignorava i vizj della cosa, non sarà tenuto che alla restituzione del prezzo, e a rimborsare l' acquirente delle spese occasionate dalla vendita.

ARTICOLO 1647.

Se la cosa difettosa è perita in conseguenza della sua cattiva qualità, la perdita stà a carico del venditore, il quale sarà tenuto verso del compratore alla restituzione del prezzo, ed alle altre indennizzazioni indicate nei due articoli precedenti. Sarà però a carico del compratore la perdita proveniente da caso fortuito.

SOMMARIO.

567. Duplice azione del compratore ingannato da un vizio redibitorio. La prima chiamasi *redibitoria*, e mira ad obbligare il venditore a riprendere la cosa. La seconda della *quanti minoris*, tende ad ottenere una diminuzione di prezzo. Dell' azione redibitoria. Suo scopo.

568. *Quid*, se la cosa è perita per colpa del compratore? *Quid*, se è perita per forza maggiore, oppure per il vizio di essa stessa.
569. Se la brevità del tempo faccia supporre l'esistenza del male al momento della vendita.
570. *Quid*, quando la cosa è diminuita di valore?
571. Delle restituzioni da fare dal compratore?
572. Differenza della posizione delle parti fra il caso in cui vi sia evizione, e quello in cui siavi resoluzione per vizj redibitorj.
573. Prestazioni del venditore di buona fede.
574. Prestazioni del medesimo di mala fede.
575. La resoluzione per vizj redibitorj non ha effetto retroattivo.
576. L'azione redibitoria è indivisibile dal canto del compratore; divisibile da quello del venditore.
577. Della indivisibilità della cosa venduta, come una pariglia di cavalli, un pajo di bovi.
578. *Quid*, se le cose vendute sono indipendenti l'una dall'altra?
579. L'azione redibitoria si estende all'accessorio della cosa venduta.
580. Dell'azione *quanti minoris*.
581. L'esercizio dell'azione *quanti minoris*, impedisce l'azione redibitoria, e *viceversa*.
582. Rinvio per le eccezioni contro queste due azioni.

COMENTO.

567. Al compratore, cui dal venditore è stata data una cosa infetta d'uno dei vizj essenziali definiti dall'artic. 1641, due azioni fra le quali può scegliere, somministra l'art. 1644.

La prima dicesi redibitoria, poichè tende ad obbligare il venditore a riprendere la cosa e restituire il prezzo: « *Redhibere*, dice Ulpiano, *est facere ut rursus habeat venditor quod habuerit; et quia reddendo id fiebat, idcirco* REDHIBITIO *est appellata quasi redditio* (1). »

La seconda è detta *quanti minoris*, perchè tende ad obbligare il venditore a fare una diminuzione di prezzo a pro' del compratore che acconsente a ritenere la cosa (2).

Vediamo ciò che riguarda l'azione redibitoria.

Per l'articolo 1641, combinato coll'articolo 1644, essa può intentarsi, ossiachè il vizio renda la cosa impropria all'uso cui è destinata, ossiachè ne diminuisca l'uso soltanto, in modo che il compratore non avessela comprata, o ne avesse dato un prezzo minore.

(1) L. 21, Dig. *De aedil. edict.*
(2) Ulpiano, l. 61, *loc. cit.*
(3) *Infra*, n. 584.

Alcuni sonosi maravigliati, che nel caso di semplice diminuzione dell'uso della cosa, il compratore abbia più che un'azione per la diminuzione del prezzo. Perchè un'azione resolutoria, quando l'art. 1641, dicendo che il compratore non avrebbe dato che un prezzo minore, dimostra ben chiaro che l'azione *quanti minoris*, gli avrebbe bastato? Perchè sciogliere il contratto, quando nell'analogo caso di servitù occulta, l'art. 1638 riduce ad una semplice diminuzione di prezzo il compratore che malgrado la servitù avrebbe nonostante comprato?

Ma la ragione della differenza fra l'art. 1638, e l'art. 1644 si è, che la servitù non apporta alla cosa un vizio intrinseco, non ne altera essenzialmente la qualità, ma ne astringe la libertà solamente (3), mentre i vizj redibitorj attaccano in radice la bontà della cosa in modo da non potersi sapere se il compratore conoscendone lo stato di deterioramento assoluto, l'avesse nonostante acquistata. Dalle circostanze si può ben decidere se un compratore avrebbe acquistato un immobile ad onta della servitù; perchè qui si tratta di

valutare soltanto il grado d'incomodo di quest'aggravio. Ma chi potrà mai giudicare, se il compratore avrebbe acquistato un cavallo col moccio, una botte ammuffita, un trave marcio, conoscendo questi vizj? E chi non sa che basta annunciare questi vizj per rendere quasi impossibile ogni contratto? Come farsi cotanto avanti nel pensiero d'un uomo, come conoscere abbastanza i suoi particolari bisogni per imporgli una scelta così gravosa? L'errore del giudice sarebbe stato troppo facile, e la legge ha voluto piuttosto rimettersi alla libera volontà delle parti, tanto più che il venditore, il quale per sua colpa o ignoranza ingannò il compratore, non potrebbe lagnarsene. Dicasi dunque che se l'artic. 1641 parla di diminuzione di prezzo, non è per allusione alla volontà del compratore, ma come regola di calcolo per valutare il prezzo della cosa.

L'effetto dell'azione redibitoria è quello di riporre le parti nello stato stesso in cui erano avanti la vendita. « Facta redhibitione, omnia in « integrum restituuntur, perinde ac « si neque emptio neque venditio intercessérit (1). »

Per giungervi, il compratore ed il venditore scambievolmente si debbono delle prestazioni.

Il compratore deve restituire la cosa che formò materia della vendita.

Ma può essere che la cosa sia perita dopo il contratto, o diminuita pel fatto del compratore, o finalmente che sia aumentata di qualche accessorio. Ecco le obbligazioni del compratore in questi tre casi.

568. Se la cosa è perita, la prima domanda da farsi si è, se sia perita per colpa del compratore, o per forza maggiore, o in conseguenza del vizio di cui era affetta.

Se per colpa del compratore, egli dovrà pagarne la stima. « Nam si cul« pa ejus decessit, *pro vivo haben« dus est*, ut præstentur ea omnia « quæ præstarentur si viveret (2) ». Egli dovrà dunque pagare al venditore il prezzo che avrebbe la cosa venduta, nello stato in cui era, se non avesse cessato di esistere per sua colpa (3).

Se per forza maggiore, la perdita sarà del compratore; *res perit domino*. L'art. 1647 lo decide espressamente, contro il disposto della legge 47, § 1, Dig. *De ædil. edicto*, che dice: *post mortem ædilitiæ actiones manent*; per la ragione che il compratore non ha risentito alcun danno dal vizio della cosa, poichè, quando pure fosse stata sana, sarebbe perita, del pari a suo danno, per la forza maggiore.

Ma se la cosa è perita per il vizio di cui era affetta quando il venditore la consegnò, basterà che il compratore restituisca quel che gli rimane, come la pelle, o i suoi accessorj, come la briglia, la sella, etc. (4). Il venditore non ne dovrà meno la restituzione dell'intiero prezzo, e le altre indennità di cui faremo parola più tardi.

A questo proposito Ubèro riporta il caso seguente. Un tale aveva comprato in fiera un cavallo, che dodici giorni dopo la tradizione morì. L'esame del cadavere provò, che da

(1) Paolo, L. 60, Dig. *De ædil. edict.* Ulpiano, L. 23, § 7, *loc. cit.*

(2) Ulp., L. 31, § 11, Dig. *De ædil. edict.*

(3) Pothier, *Vente*, n. 222.

(4) Artic. 1647. Pothier, n. 221. Bourjon, t. 1, p. 464, n. 19.

lungo tempo gli rodeva le viscere una materia morbosa, che aveva cagionata la malattia. Il venditore fu obbligato a restituire il prezzo, malgrado gli attestati dei cozzoni, i quali dichiaravano questa malattia non essere di quelle qualificate dall' uso per redibitorie (1).

Concorda con questa decisione il parere di Voët. « Quin imo, si equus « brevi post venditionem moriatur, « et latens intestinorum vitium inveteratum ex sectione appareat, quod « morti causam præbuit ex peritorum judicio, non dubitandum videtur, quin ad pretii restitutionem « venditor damnari debeat (2). »

Ed è pure l'opinione di Perezio (3) e di Cujacio (4).

Confermata dall'artic. 1647, così concepito: *Se la cosa difettosa è perita in conseguenza della sua cattiva qualità, la perdita stà a carico del venditore.*

569. V' è però una quistione di una certa importanza, che quest'articolo non risolve espressamente; e consiste nel sapere, se la brevità del tempo scorso fra la vendita e la distruzione della cosa, faccia supporre di pieno dritto l' esistenza del principio di tal distruzione al tempo della vendita, oppure se debba il compratore provare, che la cattiva qualità, cagione della perdita, non è nata dopo la vendita.

Intorno a questo punto v' è disparità d' opinioni.

Perezio, da me già citato, insegna che la morte dell' animale sopraggiunta in tempo vicinissimo alla vendita, fa supporre l' esistenza della causa della sua distruzione all' epoca del contratto. *Ex brevitate enim temporis, præsumptio inducitur, morbum etiam antea fuisse. Quod autem sit breve tempus, relinquitur arbitrio judicantis.* Tuttavolta egli ammette il venditore a provare il contrario, riconoscendo però difficilissima questa prova negativa (5).

Voët è pure di questo parere. *Præcessisse vero vitium præsumendum est, cum brevi post venditionem apparuit. Qua in re, peritorum judicio multo tribuendum est* (6).

Conforme è l' opinione di Delvincourt (7). Solamente egli rigetta la presunzione di dritto, allorchè non esiste termine di tempo speciale per l' esercizio dell' azione redibitoria. A suo dire, il compratore rientra allora nel dritto comune, e deve provare che la causa della perdita esisteva al momento del contratto.

Bourjon rende conto di un'usanza dei tribunali di Parigi, la quale è conforme al principio fondamentale di queste opinioni, e sembra anche esagerarla: perchè ammettendo una presunzione di dritto contro del venditore, escludeva ogni prova del contrario.

« Nella vendita de' bovi per l' approvvigionamento di Parigi, la mor« te dell' animale negli otto giorni dà « dritto alla repetizione del prezzo, « la quale ha luogo, *fatta ogni as« trazione dalla causa della morte « dell' animale*. È il pubblico vantag« gio che l' ha voluto. Per provare la « morte del bove, il beccajo abbi-

(1) Prælect. ad Pand., *De ædil. edict.*, p. 1060, n. 5.
(2) Ad Pand., *De ædil. edict.*, n. 11.
(3) Codice, stesso titolo, n. 4.
(4) Osserv., lib. 27. C. 15, *in fine*. V. più sotto, n. 569, le parole di questo giureconsulto.
(5) Egli si appoggia a Caballino e a Gomez.
(6) Ad Pand., *De ædil. edict.*, n. 8.
(7) T. 3, p. 152, nota.

« sogna solamente di un semplice « processo verbale, che fa prova giuridica (1). »

Finalmente, una decisione della corte di Besançon del 13 Luglio 1808 decide, che quando l'azione redibitoria viene esercitata nel tempo prefisso, v'è presunzione legale, che il vizio redibitorio esistesse all' epoca della vendita (2).

L' opinione contraria ha seguaci essa pure, e s' appoggia ad una decisione della corte di Bruxelles del 29 Messidoro anno XIII (3), proferita secondo il voto di Degbewiet (4) e di Tulden (5); si può appoggiarla del pari alla leg. 3, del Codice, *De ædil. act.*, la quale dichiara: *Si apud priorem dominum fugisse mancipium non doceatur, fuga post venditionem interveniens ad damnum emptoris pertinet . . . ; posteriores enim casus non venditoris, sed emptoris periculum expectant*. Ben si rileva lo scopo di questa legge: rammenta il principio, che i fatti posteriori alla vendita sono a carico del compratore; e signoreggiata da quest' idea decide, che la fuga dello schiavo comprato non può dar luogo ad un'azione contro del venditore, *se non è provato che questo schiavo sia fuggito presso del suo antico padrone*. Ora chi dovrà far questa prova? il buon senso indica il compratore; perchè sarebbe assurdo di pretendere una tal prova dal venditore.

Quanto a noi, crediamo quest'opinione la sola vera, in tesi generale, ma non la ripetiamo senza eccezioni. Il principio è nella legge 3, del Cod., *De ædil. act.*; in tesi ordinaria è il compratore che deve provare l'esistenza del vizio all' epoca della vendita. Solamente ne'casi discorsi da Delvincourt, e sono i meno numerosi, v'è una presunzione favorevole al compratore.

La prima di queste due proposizioni giustificasi colle parole dall'articolo 1647, le quali attentamente ponderate menano al resultato stesso della legge 3, C. *De ædil. edict.*

« Se la cosa *difettosa*, esso dice, « è perita in conseguenza della sua « cattiva qualità, la perdita sta a carico del venditore. »

Difettosa!!! Questa parola non può riferirsi che ai vizj della cosa al momento della vendita; senza di che non avrebbe senso, oppure farebbe pleonasmo con quest' altre espressioni: *In conseguenza della sua cattiva qualità*.

Bisogna dunque che il compratore provi, che la cosa aveva de' vizj all'epoca della vendita, se vuol far ricadere la perdita sul venditore. È ciò che conseguita dall' esempio citato da Ubèro (6), e Cujacio non pensa in altro modo, quando dice: « Sic « vero Lutetiæ, ubi venditorem equi « actione redhibitoria teneri vulgo « existimatur ex tribus duntaxat casis, si luxatus sit, si profluvio attico, si suspirio laboret, dicebam « et alias addi posse si podagricus « sit, si frequenter corruat *et intermoriatur*, forte et si per intervalla similiter in rabiem agatur (7). » Si vede che Cujacio attribuisce la morte del cavallo ad una causa mor-

(1) T. 1, p. 464, n. 17, 18.
(2) Dalloz, *Vente*, p. 890, nota 1, n. 2.
(3) Dalloz, *loc. cit.* Sirey, 5, 2, 538.
(4) *Inst. au droit belg.*, p. 3, t. 1, des Actions.
(5) Ad Codic., lib. 4, tit. 58, n. 6.
(6) *Supra*, n. 568.
(7) Observ., lib. 27, c. 15.

bosa, come la gotta, precedentemente esistente.

Questa regola dell'art. 1647, non armonizza soltanto colla legge di tutte le azioni, la quale vuole che l'attore provi la sua domanda; essa è conforme alla giustizia. Un animale può esser colpito da una malattia improvvisa che lo uccida; i grani venduti in buono stato, possono essere stati bagnati e corrotti pel fatto del compratore; i drappi forse non furono rosi dai vermi che dopo la vendita. Nell'incertezza non si deve condannare il venditore. *Posteriores enim casus non venditoris, sed emptoris periculum expectant*. Praticando al contrario non si farebbe mai una vendita con sicurezza.

Ma se il vizio che ha dato la morte all'animale è uno dei redibitorj qualificati dagli statuti, e pei quali hanno essi accordata un'azione esercibile in un termine assai breve, io credo che questo vizio manifestandosi durante questo termine si terrà per esistente dall'epoca della vendita, salvo la prova contraria (1).

Quando gli statuti hanno determinato certe cause redibitorie, e le hanno ristrette in un tempo molto più breve di quello delle leggi Romane, hanno inteso che per questi vizj la cosa rimanesse per così dire a rischio del venditore per tutto quel tempo. Se un cavallo dà qualche segno di moccio, di bolsaggine o di scalmana nei nove giorni accordati dall'uso di Parigi per la durata della responsabilità del venditore, chi stabilì quest'uso pensava che fossevi presunzione della esistenza di questi vizj al momento della vendita. Infatti queste malattie d'ordinario non sono prodotte da subitanee crisi; elleno risultano da vizj di struttura, o da lunghe fatiche, o da dissesti cronici. V'è dunque presunzione che il cavallo ne fosse attaccato al momento della vendita, e che il venditore abbiale dissimulate per una di quelle frodi usate dai cozzoni. Ecco perchè il venditore è sempre responsabile della cosa; tutt'i mercanti di cavalli sono convinti di questa loro obbligazione, e sanno bene che durante quel termine la vendita dell'animale è per così dire aleatoria. Io leggo nel *Manuel du veterinaire* di Lebeau (p. 84): « Vengono chiamati *casi redibitorj*, perchè se il « cavallo venduto ha una di queste « malattie, *il mercante è obbligato* « *a riprenderlo entro un dato tempo*.

« ... In conseguenza, se dopo aver comprato un cavallo creduto « buono, entro il termine prescritto « si conosce che trovasi in uno dei « casi che danno luogo alla garanzia, « bisogna subito farne verificare lo « stato per mezzo di un perito, ed « intimare il venditore a riprenderlo, a pena di metterlo sotto staggina a sue spese.

« Benchè non sia giusto che il « venditore di buona fede rimanga « troppo lungamente soggetto ad una « garanzia la quale potrebbe divenire abusiva, frattanto il termine di « nove giorni in uso a Parigi sembra un po' corto, specialmente per « i cavalli venduti dai cozzoni, perchè questi talvolta riescono a fare « sparire per un tempo più o meno « lungo la malattia la quale pone « il cavallo in un caso redibitorio. « D'altronde è possibile che la malattia, la bolsaggine specialmente,

(1) *Junge*, Duranton, t. 16, n. 314.

« benchè sussistente nel tempo del- « l'acquisto del cavallo, non si scuo- « pra che dopo i nove giorni, mas- « sime non facendolo lavorare. »

Presentatasi la quistione al parlamento di Parigi fra Seriziat e Gennestoux venditore a lui d'un cavallo, fu decisa contro dell'ultimo con giudicato del 7 Settembre 1770 (1). Invano allegavasi dal venditore, che il cavallo era stato consegnato sano e salvo, e che dopo era divenuto bolso a cagione dell'eccessivo lavoro, cui il compratore avevalo sottoposto; fu condannato in prima ed in seconda istanza.

Finalmente, trovo nello statuto d'Orléans un testo che mi favorisce. L'art. 425 dice: « E sebbene visitan- « done la lingua, i detti majali non « si trovino lebbrosi, pure se il com- « pratore facendoli uccidere ed a- « prire li trova lebbrosi nel corpo « o nelle coscie, il compratore, vo- « lendo, non li prenderà; e sarà li- « bero rendendoli al venditore, il « quale è obbligato a prenderli. »

Quest'articolo è positivo. Perciò solo che uccidendo il majale vien trovato lebbroso, il venditore è obbligato a riprenderlo, e la vendita è resoluta. Si vede bene che la presunzione di dritto è per il compratore contro del venditore.

570. Abbiamo veduto le obbligazioni del compratore nel caso che la cosa sia perita.

Passiamo al caso in cui sia diminuita di valore.

Il compratore è tenuto per tutti i deterioramenti sopraggiunti pel fatto suo dopo la vendita (2), e deve offrire al venditore di menargli buona la somma, per la quale la cosa trovasi deteriorata per dolo o colpa sua (3).

571. Se la cosa è accresciuta di qualche accessorio, il compratore deve restituirlo. « Jubent ædiles resti- « tui etquod venditioni accessit... Ut « uterque, resoluta emptione, nihil « amplius consequatur quam habe- « ret si venditio facta non esset (4). »

Finalmente, per dritto Romano, egli deve restituire i frutti percetti, l'emolumento ricavato dalla cosa, le pigioni ch'essa ha prodotte, etc. È decisione d'Ulpiano.

« Quum redhibetur mancipium, « si quid ad emptorem pervenit, vel « culpa ejus non pervenit, restitui « oportet; non solum si spe fructus « percepit, mercedesve a servo vel « conductore servi accepit . . . sed « et si quid fructuum nomine con- « secutus est, id præstet (5). » Ma in Francia, per evitare la difficoltà della liquidazione, i frutti della cosa si compensano sempre cogl' interessi del prezzo (6).

572. Confrontando queste obbligazioni del compratore, il quale intenta l'azione redibitoria, con quelle del compratore che agisce contro del suo venditore per la garanzia a cagione di evizione, si rileveranno differenze importanti. Per esempio, noi abbiamo detto, n. 488, che il compratore evitto non è tenuto dei danni sopraggiunti alla cosa dopo la vendita, anche per sua colpa; e frattanto nell'azione redibitoria, il compra-

(1) Denizart, v° *Rédhibitoire*.

(2) Ulp., l. 23, Dig. *De ædil. edict.*, e 25, *eodem tit.*

(3) L. 25, § 3, idem. Pothier, *Vente*, n. 222.

(4) Ulp., l. 23, § 1, D. *De ædil. edict.*

(5) L. 23, § 9, Dig. *De ædil. edict.*

(6) Loyseau, *Garantie des rentes*, cap. 7, n. 13. Pothier lo dice pure, n. 218.

tore rimane garante dei danni; nell'azione della evizione il compratore non ha da render conto dei frutti consunti (1); nell' azione redibitoria, deve restituirli (2); nell'azione della evizione il compratore profitta di tutt' i miglioramenti, di tutti gli accessorj che hanno aumentata la cosa (3); nell' azione redibitoria deve cominciare dall' offrirne la restituzione al venditore.

D' onde queste differenze?

Altrove ne ho già accennate le cagioni (4); ne riparlerò brevemente.

Prima di tutto, le qualità occulte della cosa, per lo più sono sconosciute al venditore, ed è più degno di scusa chi non le ha conosciute, che chi ha ignorato di non avere la proprietà della cosa venduta. Quindi la responsabilità del venditore di buona fede è minore nel caso di resoluzione della vendita per vizio di qualità, che in quello di resoluzione per turbativa del dritto stesso di proprietà (art. 1646).

Successivamente bisogna considerare, che quando v' è evizione, è la cosa colla sua sostanza e la sua materia, che viene rapita al compratore, e che questi lotta per ritenerla, e intima il venditore a conservargliela; qui al contrario è il compratore che malcontento della qualità della cosa, la ripudia e vuole lo scioglimento della vendita: è la sua volontà stessa che interviene per riporre le cose nello stato in cui erano innanzi la vendita. Giacchè il compratore domanda la resoluzione, deve subire gli effetti dell' azione resolutoria, effetti riassunti dei giureconsulti in quest'adagio pieno di senso: *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* (5).

573. Passiamo alle prestazioni del venditore.

È necessaria una distinzione. O il venditore è di buona fede, o ha conosciuto il vizio della cosa. Se è stato di buona fede, vale a dire, se ha ignorato i vizj della cosa, deve restituire il prezzo ricevuto, ma senza danni e interessi (6). La sua buona fede è per esso una scusa che la legge prende di mira, e che attenua le conseguenze della sua responsabilità. È tale la disposizione dell'art. 1646, conforme alle leggi Romane (7).

Egli deve inoltre restituire gl' interessi del prezzo. Così decideva l'editto degli edili, e diceva Ulpiano suo comentatore: *et quidem continet condemnatio pretium, accessionesque* (8). Agevolmente si conosce la giustizia di questa obbligazione; perchè il compratore, essendo obbligato a restituire i frutti della cosa, deve ricevere in ricambio gl' interessi della somma che egli ha pagati. È la ragione che dà Ulpiano.

L' articolo 1646 nulla dice di contrario; bisogna anzi decidere che è concepito con queste idee di giusta eguaglianza. A dir vero, si esprime in un modo limitativo da far forse illusione: *non sarà tenuto che alla restituzione del prezzo*. Ma combinan-

(1) N. 499, *supra*.

(2) *Supra*, n. 567.

(3) *Supra*, n. 506, 508, 515.

(4) N. 524, 533.

(5) Tutte le rescissioni hanno degli effetti simili a quelli enumerati da noi (Pothier, *Vente*, n. 384).

(6) *Supra*, n. 568, 547, 524 e 573. L. 13, Dig. *De act. empt.* Molinèo, *De eo quod interest*, n. 4. Pothier, *Vente*, n. 216. Cujacio. Récit. solen., sulla leg. 13 succitata, p. 547.

(7) Ulp., l. 29, § 2, Dig. *De adil. edicto*.

(8) L. 27, idem.

dolo coll' artic. 1645, si vedrà che esso usa questa locuzione restrittiva soltanto rispetto ai danni e interessi, de' quali il venditore è tenuto nel caso dell' art. 1645. Così dunque si dovranno porre a calcolo ancor gl' interessi. Ma per quel che dicemmo al n. 571, si compensano coi frutti dovuti dal compratore.

Oltre il prezzo e gl' interessi, il venditore di buona fede deve rimborsare il compratore delle spese cagionate dalla vendita (art. 1646); *si quid emptiones causa erogatum est* (1). Tali sono le spese di trasporto, di Dogana (*quod vectigalis nomine datum est*) (2), quelle di registro e di contratto.

Ma il compratore non potrà repetere le spese di mantenimento dell' animale avanti la staggina, compensandosi coi servigi che il compratore potè ricavarne (3).

574. Se il venditore conosceva i vizj della cosa, oltre il prezzo e le prestazioni indicate da noi, egli deve i danni e interessi.

« Nella redibitoria (uso le parole « di Loyseau) (4), non si debbono « i danni e interessi indistintamente, *come nell' evizione e garanzia « formale*; ma solamente l' interesse « del prezzo, e le spese fatte in occasione del contratto. *Hoc est rationem haberi damni emergentis, « non etiam lucri cessantis* (5), se « non quando il venditore conosceva il vizio, dovendo egli allora tutti i danni ed interessi. L. *Julia- « nus*, 13, Dig. *De act. empt.* »

La posizione del venditore di mala fede è dunque più grave d' assai. Il dolo che ha usato verso del compratore deve produrre a carico suo una maggiore responsabilità; deve dunque esser punito.

A questa decisione si può opporre, che nel caso di mancanza di estensione, il venditore ad altro non è tenuto, che a soffrire una diminuzione di prezzo, e che non v' è luogo a pronunziare danni e interessi, abbia pure saputo, ossivvero ignorato la mancanza di misura (6); che così sembrerebbe dovere, per analogia, il venditore di una cosa redibitoria essere esente dai danni e interessi, quand' anche avesse conosciuto il vizio.

Ma Cujacio risponde a questa obiezione provando essere quest'analogia semplicemente apparente. Quando infatti v' è mancanza di misura, il compratore non resta privo dell' uso della cosa; egli ne gode, ne profitta, meno quella parte che manca, etc. D' allora in poi è chiaro, che una diminuzione di prezzo è l'unica possibile riparazione del danno sofferto dal compratore. Ma quando il venditore consegna in mala fede una cosa non atta a render servizio, qual' uso può farne il compratore? qual vantaggio ne può ricavare? In verità, la vendita è inutile, manca d' una cosa che siane il *substratum*. Il compratore deve dunque essere indennizzato; e di certo non lo è a sufficienza, ricevendo la semplice restituzione del prezzo, se d' altron-

(1) L. 27 succitata.

(2) Idem. Pothier, *Vente*, n. 218.

(3) Paolo, l. 30, § 1, Dig. *De ædil. edicto.* Pothier, *Vente*, n. 219. Voet, *De ædil. edict.*, n. 4. Duranton, t. 16, n. 324.

(4) *Garantie des rentes*, cap. 2, n. 5.

(5) L. 27 e 29, Dig. *De ædil. edicto.*

(6) Cujacio, sulla l. 13, Dig. *De act. empt.*

de la tradizione che di questa cosa viziosa gli fu fatta, gli ha cagionato un danno (1).

Le domande del compratore saranno dunque maggiori che nel caso di semplice mancanza di estensione. Egli potrà esigere una indennità per danni e interessi sofferti *propter rem ipsam*, ed anche per quelli sofferti *extrinsecus* (2).

Perciò, se voi mi avete venduto scientemente un animale infetto di contagio, che abbia comunicato il male all'intiero mio gregge, sarete obbligato ad indennizzarmi della perdita che ne risentirò (3).

Così pure, se voi mi avete venduto in mala fede un trave marcio che io ho adoprato nella costruzione d'una casa, la quale in appresso rovini per conseguenza del vizio di questo trave, voi sarete obbligato di indennizzarmi del valore della mia casa, quantunque sia un danno sofferto *extrinsecus* (4).

Il venditore di mala fede dovrà menar buono al compratore il guadagno, che la cattiva qualità della cosa lo ha impedito di fare; *lucrum cessans*, *damnum emergens*.

Viene assomigliato a quello che ha conosciuti i vizj della cosa, l'operajo o il mercante che vendono dei lavori della loro arte o commercio, e che hanno arrecato del danno al compratore a cagione della cattiva qualità della cosa venduta (5).

Nulladimeno per determinare l'estensione dei danni e interessi, bisognerà aver riguardo allo scopo che le parti si proposero contraendo, e all'uso previsto e dichiarato, cui la cosa è destinata.

Ascoltiamo Molinèo: « Ultimo fac « te bona fide dicta tigna vendidisso « et tradidisse; sed cum esses faber « materiarius, harum rerum peri- « tiam profitens, asseruisti esse ido- « nea ad fulciendam vel construen- « dam domum, in quam prompte « indigebam, cujus ruinam et detri- « mentum, propter vitium eorum- « dem tignorum, passus sum, te- « neris in id quod mea interest ido- « nee veniisse; est tua affirmatio « expressa, *vel etiam tacita, resul-* « *tans ex professione tua, et quod* « *scienter vendebas ad finem futuræ* « *et contignationis domus, et in im-* « *minenti periculo*. Causa ergo pro- « xima ex qua hoc casu obligaris « ad interesse non respicit tigna ipsa « tantum, imo directo et specifice « respicit præsens, prævisum, et « *expresse vel tacite* susceptum peri- « culum domus meæ (6). »

In questa guisa Molinèo non condanna l'operajo a pagare il valore della casa, se non perchè ha saputo qual'uso doveva farsi dei travi; una tal conoscenza fa rientrare questa indennità nella classe dei danni previsti.

Se il compratore avesse impiegati i travi venduti in una casa più considerevole, e di maggior prezzo, l'operajo non sarebbe tenuto del danno da essa provato; ma non dovrebbe indennità, che fino a concorrenza della casa di minor prezzo indicatagli nel contratto (7).

Per la stessa ragione, se un bottajo mi vende delle botti vuote de-

(1) Cujacio, *loc. cit.*

(2) Cujacio sulla l. 13, Dig. *De act. empt. Supra*, n. 511, 298, 299, 527, 538.

(3) L. 13, Dig. *De ædil. edict.* Cujacio, *loc. cit.*

(4) Legge istessa.

(5) Molinèo, *loc. cit.*, n. 5. Pothier, *Vente*, n. 214.

(6) *De eo quod interest*, n. 5.

(7) *De eo quod interest*, n. 62.

stinate ad esser riempite di vino, e questi vasi guastino il mio liquido, egli mi dovrà i danni e interessi, vale a dire dovrà rimborsarmi del prezzo del mio vino secondo il maggior valore di quello che non è guasto; perchè, ripetiamolo pure, l'operajo *spondet peritiam artis*. La sua professione pubblica lo rende più rigorosamente sesponsabile verso di coloro che ne seguirono la fede. Ma se, invece di vino, io riempio queste botti di acquavite, o di altro liquido di maggior prezzo, il bottajo non dovrà indennizzarmi che fino a concorrenza del valore del vino che avrei perduto (1).

575. Tali sono le scambievoli prestazioni del compratore e del venditore; stabilite in modo da riporre le parti nello stato in cui erano innanzi la vendita. Il contratto è resoluto, per usare il linguaggio dei dottori, fin d'allora come al presente, *ex tunc prout ex nunc*, e quando non v'è mala fede, il venditore riprende la cosa nello stato in cui trovasi, e il compratore ricupera il suo danaro senza danni o interessi (2).

Nulladimeno lo scioglimento pronunciato in conseguenza dell'azione redibitoria, produce un effetto notabile; ed è che quantunque risolva il contratto fin dal principio, *quasi nunquam intercessisset* (3), pure non estingue le ipoteche ed oneri imposti sull'immobile *medio tempore*: per la ragione, che dalla volontà del compratore dipende di sciogliere il contratto, o di agire coll'azione *quanti minoris*, della quale parleremo ben presto; e lo scioglimento, operandosi *ex causa voluntaria*, non deve nuocere ai terzi, dal compratore investiti di dritti sulla cosa (4). Ho esposto questa teoria nel mio comento sulle ipoteche (5).

576. V'è un carattere dell'azione redibitoria, che non bisogna omettere di rammentare: l'indivisibilità di essa dal canto del compratore; di modochè se questi lascia più eredi, l'uno non può esercitarla per la sua porzione soltanto; bisogna che l'esercitino tutti: per la ragione che il venditore proverebbe grave danno, se fosse obbligato di riprendere la cosa in parte soltanto (6).

Al contrario quest'azione è divisibile dal lato del venditore contro del quale vien data; quindi il compratore può chiamare in giudizio uno de'suoi eredi, e farlo condannare per la sua parte e porzione (7).

577. Un'altra importante osservazione in questa materia ha per oggetto l'indivisibilità che può incontrarsi nella cosa redibitoria.

Quando più cose distinte sono state vendute insieme, ma in modo che l'una non sarebbe stata comprata senza dell'altra, come una pariglia di cavalli da tiro, o un pajo di bovi, il vizio redibitorio, di cui una di queste cose sia affetta, dà luogo a redibizione per l'altra, e l'azione non può in tal caso esercitarsi in parte. Ascoltiamo Ulpiano: « Quum « autem jumenta paria veneunt, edi- « cto expressum est ut, cum alte- « rum in ea causa sit ut redhiberi

(1) Molinèo, n. 60, 61, e Pothier, n. 215, 216.

(2) Loyseau, *Garantie des rentes*, cap. 7, n. 6.

(3) *Supra*, n. 568.

(4) Loyseau, *Déguerp.*, lib. 6, cap. 3, n. 7.

(5) T. 2, n. 466, p. 160.

(6) Ulp., l. 35, § 1, D. *De ædil. edict.* Pothier, Pand., t. 1, p. 597, n. 58. *Infra*, n. 638.

(7) Ulp., l. 31, § 10, *loc. cit.* Pothier, *loc. cit.*, e *Vente*, n. 224.

« debeat, utrumque redhibeatur: in « qua re tam emptori quem vendi- « tori consulitur, dum jumenta non « separantur (1). »

578. Ma se le cose sono l' una dall'altra indipendenti, l'azione redibitoria avrà luogo per quella viziosa soltanto. Ulpiano ne dà per esempio la vendita di una mandria di cavalli, nella quale un cavallo fosse infetto d'un vizio redibitorio. Questo non potrebbe servir di pretesto per domandare lo scioglimento dell' intiero contratto (2).

Si può dire altrettanto di un gregge di pecore, o d'una mandria di bovi, anche nel caso che ne fosse stato fatto tutt' un prezzo, *pluribus uno pretio distractis* (3). Perchè l'unità del prezzo non è sempre una circostanza assai forte da far decidere che siavi indivisibilità nella cosa venduta. Un gregge per essere stato diminuito d'uno o più capi non è meno un gregge.

Il venditore dovrà dunque riprendere la cosa, e restituire il prezzo secondo la stima da farsene, avuto riguardo al prezzo intiero (4).

L'unione o la divisione del prezzo forma sì poco un indizio della indivisibilità o della divisibilità del contratto, che se io ho comprato una pariglia di cavalli a tanto per il tal cavallo, e tanto per il tal' altro, il vizio redibitorio di uno porterà seco lo scioglimento dell' intero contratto, benchè ogni animale abbia avuto un prezzo diverso (5).

Del rimanente il giudice si deve regolare secondo le circostanze, ponderando l'intenzione delle parti, ed esaminando lo scopo loro nella stipulazione del contratto.

579. Quanto agli accessorj della cosa principalmente venduta, essi sono compresi nella redibizione: per esempio, venduto un cavallo col suo finimento, la redibizione di quello porta seco la redibizione di questo.

Ma se la cosa principale essendo sana ed intiera, il vizio redibitorio cadesse soltanto sull'accessorio, questo solo andrà soggetto a redibizione (6).

Del resto, dando questa regola rispetto agli accessorj della cosa, non dobbiamo omettere un punto importante in questa materia; cioè, che la garanzia per il vizio redibitorio dell' accessorio non ha luogo, se non che quando questo sia stato venduto come corpo certo, e non come universalità indeterminata. Se per esempio io vi vendo la tenuta delle Écluses *coi dieci cavalli* da lavoro che vi si trovano, è chiaro che io sono garante di questi dieci cavalli, giacchè ve l'ho venduti come corpo certo, e come oggetti determinati. Ma se io vi vendo la tenuta stessa, *con i cavalli che vi si trovano, o possono trovarvisi*, non vi debbo garanzia alcuna, non avendov' io venduto alcun cavallo particolarmente. Questa parte della vendita è aleatoria sotto qualche aspetto (7).

580. Ecco le regole concernenti l'azione redibitoria.

(1) L. 38, § fin. Dig. *De ædil. edict.*

(2) *Loc. cit. Junge*, Duranton, t. 16, n. 318, 319.

(3) Ulp., *loc. cit.*

(4) Pothier, *Vente*, n. 228. Veggasi pure Toullier, t. 6, n. 777.

(5) L. 34, § 1, Dig. *De ædil. edict.* Brunemanno a questa legge. Tiraquello, *De retract. gentil.*, § 23, glossa 2, n. 23. Pothier, *Vente*, n. 228, 229.

(6) Pothier, *loc. cit.*, n. 227. *Junge*, Duranton, t. 16, n. 318.

(7) L. 33, Dig. *De ædil. edict.* Brunemanno, sulla legge 32, D., stesso titolo. *Junge*, Duranton, t. 16, n. 318.

Ma il compratore, se preferisce di ritenere la cosa, ha un'altra azione da esercitare; è l'azione *quanti minoris*, o *del minor valore*, per mezzo della quale ha dritto di ottenere una diminuzione sul prezzo, a detta dai periti (1644). Si stima ciò che la cosa sarebbe stata pagata di meno, se il vizio fosse stato conosciuto al tempo della vendita (1).

581. Si domanda se l'esercizio di una di queste due azioni nuoce all'altra.

L'affermativa non è dubbiosa. « Plane, dice Voët (2), si una ex « his emptor intra sex menses ege- « rit, altera agere amplius non po- « test, exceptione rei judicatæ re- « pellendus. »

È pure l'opinione di Toullier (3).

582. Nei due seguenti articoli vedremo quali eccezioni d'inammissibilità possano opporsi contro l'azione redibitoria, e l'azione *quanti minoris*.

ARTICOLO 1648.

L'azione redibitoria proveniente dai vizj della cosa, deve proporsi dall'acquirente entro un breve termine, secondo la natura dei vizj producenti la *redibizione*, e la consuetudine del luogo dov'è stata fatta la vendita.

ARTICOLO 1649.

L'azione redibitoria non ha luogo nelle vendite giudiciali.

SOMMARIO.

583. Eccezione contro le azioni redibitorie e *quanti minoris*, nel caso di vendita giudiciale. Ragione di una tale disposizione. Spiegazione insufficiente data da Domat e Merlin.

584. Se questa regola abbia luogo per le servitù, quando la cosa è venduta per espropriazione forzata,

585. O quando si tratta di vendita giudiciale volontaria.

586. Della prescrizione di queste azioni.

587. Se il termine decorre dal giorno della vendita, o da quello in cui fu riconosciuto il vizio.

588. *Quid*, se la tradizione non segue immediatamente la vendita. Dissenso colla corte di cassazione.

589. Basta che il vizio sia verificato soltanto nei termini, salvo a fare l'intimazione più tardi?

590. La prescrizione di cui parla l'art. 1648, si applica ella ai vizj convenzionali?

COMENTO.

583. Havvi contro le azioni redibitorie, e *quanti minoris*, una prima eccezione perentoria che si desume dalla solennità di certe forme le quali hanno presieduto alla vendita. Perciò, le vendite giudiciali sono al coperto dal regresso che tali azioni tendono ad esercitare. Questa è la de-

(1) L. 38, § 13, Dig. *De ædil. edict.*, e 61, stesso titolo. Pothier, *Vente*, 333.

(2) Ad Pand., *De ædil. edict.*

(3) T. 10, n. 163. *Junge*, Duranton, t. 16, n. 328, e t. 13, n. 480.

cisione dell'art. 1649, attinta da Domat, che la basava per analogia sopra un testo d'Ulpiano relativo ai privilegj del fisco: « Illud sciendum « est, edictum hoc non pertinere ad « venditiones fiscales. » Sono i termini della legge 1, § 3, Dig., *De ædil. edicto*. La ragione che ne somministra Domat è, che in questa specie di vendita, non vende il proprietario, ma l'autorità giudiciale, che tien luogo di venditore, e che aggiudica la cosa *qual è* (1).

Ma questa ragione non è sempre vera; havvi una folla di casi, in cui il proprietario della cosa ne è il volontario venditore, e non ricorre all'autorità giudiciale che per dare maggior solennità all'alienazione, e provocare gl'incanti (D., n. 408). Merlin volendo spiegare con una ragione più generica l'art. 1649, dice *che non si presume mai, che la giustizia abbia voluto ingannare alcuno* (2). Ma siffatto motivo è inammissibile, perchè l'azione redibitoria, e l'azione *quanti minoris*, hanno luogo anche quando il venditore è in buona fede. D'Olive mi sembra aver dato una spiegazione più plausibile, allorchè dice che in siffatte vendite è ben comune l'alienazione della cosa per un prezzo inferiore al suo valore reale (3). Si può aggiungere che queste vendite occasionano formalità e spese più considerabili delle altre, e che era d'uopo mostrarsi più recalcitrante a sovvertirle.

584. Nell'antica giurisprudenza, classavasi fra i vizj redibitorj l'incomodo cagionato all'acquirente da una servitù occulta (4). Se il Codice civile avesse adottato questo sistema, si dovrebbe decidere senza ulteriore esame, che il compratore d'un immobile in sequela d'espropriazione forzata non ha azione per farsi indennizzare d'una servitù occulta, che ad un tratto sorge a diminuire il valore dell'oggetto comprato. Ma il Codice ha seguito un'altra classificazione; più preciso nella distinzione dei differenti obblighi che derivano dalla vendita, e che vincolano il venditore, ha sentito che la turbativa provata dal compratore allorchè una servitù non palesata affligge la cosa, non proviene da un difetto di qualità, da una di quelle alterazioni della bontà della cosa che costituiscono un caso redibitorio, ma bensì da una restrizione alla libertà del fondo. Quindi, l'art. 1638 che di sopra abbiamo comentato, e che si occupa del peso cagionato da una servitù apparente, è collocato sotto una rubrica diversa da quella che si riferisce ai vizj redibitorj; addiviene dunque più difficile il pronunciarsi sulla quistione posta in fronte a questo numero.

Nondimeno, opino che i motivi che hanno dettato l'art. 1649, di cui ci occupiamo, debbano estendere la sua disposizione al caso d'una servitù occulta, della quale si trova onerato l'acquirente per espropriazione forzata.

La ragione si è, che non vi ha altro venditore in questa specie di vendite fuorchè la giustizia, la quale nulla promette, nè garantisce, ma vende la cosa come si trova, con le sue servitù tanto attive che passive, apparenti ed occulte, etc.

Il creditore istante, che deve depositare il quaderno d'oneri (articolo 697), non conosce nè la qua-

(1) Lib. 1, t. 2, Sez. XI, n. 17.
(2) Répert., v° *Rédhibitoire*.
(3) Lib. 4, cap. 25.
(4) Domat almeno lo fa (*loc. cit.*, n. 4 e 13).

lità intrinseca della cosa, nè i suoi vizj occulti, nè gli oneri che circoscrivono la di lei libertà. Perciò gli articoli 697 e 675 del Codice di procedura civile non l'obbligano che alla descrizione dell'estensione degli stabili investiti, e all'indicazione *approssimativa* della quantità.

Il compratore dunque non ha potuto sperare dei lumi che da sè medesimo sopra i vizj occulti e le restrizioni latenti del dritto della cosa posta in vendita. Si presume ch'ei l'abbia comprata *nello stato in cui si trova*, come dice Domat (1). Finalmente l'espropriazione forzata è tanto spesso un mezzo di comprare a vil prezzo, che sarebbe cosa pericolosa d'ammettere contro l'aggiudicazione l'azione *quanti minoris*, o l'azione redibitoria (2).

585. Ma l'art. 1649, può opporsi al compratore, il quale ha comprato in sequela di vendita volontaria fatta per via giudiciale, e che vien molestato da una servitù occulta?

Devesi decidere che no.

Quasi niuna delle ragioni da noi esposte è qui applicabile. La vendita non cessa di essere volontaria, quantunque rivesta forme più solenni; vi è un venditore il quale si offre pronto a sostenere tutti gli obblighi che emergono naturalmente dal contratto di vendita.

Da un altro canto, l'art. 1649, che abbraccia tutte le vendite giudiciali, non è necessariamente applicabile al caso della servitù, per cui non è stato creato. Si ritorna dunque al disposto puro dell'art. 1638.

586. La seconda eccezione perentoria che sorge contro le azioni redibitorie e *quanti minoris*, è la prescrizione. Secondo il dritto Romano, l'azione redibitoria durava sei mesi, e l'azione *quanti minoris* un anno (3).

L'antico dritto Francese non era in tutti i casi tanto favorevole ai compratori, specialmente rapporto alle vendite d'animali. Concedeva soltanto dei termini assai brevi i quali variavano dagli otto ai quaranta giorni, e non passava sotto tal rapporto veruna differenza fra l'azione redibitoria, e l'azione *quanti minoris*.

L'art. 1648 non determina il lasso di tempo necessario al compimento della prescrizione di queste due azioni, riferendosene alla consuetudine de'luoghi ove la vendita veniva effettuata; e quando la consuetudine e gli statuti locali tacciono, prescrive che l'azione nascente dai vizj redibitorj venga intentata *in un breve termine*, la di cui fissazione vien rimessa al prudente arbitrio del giudice.

Generalmente, quelli che sono pratici dell'arte veterinaria riprovano la brevità del termine di nove giorni in uso a Parigi, specialmente in quel che concerne i cavalli venduti dai cozzoni, perchè questi hanno i mezzi di fare sparire per un tempo più o meno lungo la malattia che colloca il cavallo in un caso redibitorio. È altronde possibile che l'infermità, in specie la bolsaggine, benchè esistente all'epoca della compra del cavallo, non si discuopra che dopo i nove giorni, particolarmente se non lo si fa faticare (4).

(1) *Supra*, n. 583.

(2) D'Olive, lib. 4, cap. 25.

(3) Ulp., l. 19, § finale, *De ædil. edict.* Cujacio (Resp. Papin., lib. 12, sopra la legge 55, *De ædil. edict.*) dice, che queste termine gli edili le presero dalle legge di Platone (lib. 2).

(4) *Manuel du Vétérinaire*, di Lebeau, p. 85. *Elémens de l'art vétérinaire* di Bourgelat, p. 290, 291

Trattandosi di vendite immobiliari, i magistrati consulteranno anco le antiche consuetudini, ove esistano, e le circostanze. Non credo che essi possano concedere meno di sei mesi. Questo era il termine in vigore in Bretagna (1), nella Provenza, (2), etc. La corte reale di Lione ha preso questo lasso di tempo per regola, in difetto di consuetudine locale (3).

Non è solo per gl' immobili che può venire ammessa. A tenore dello statuto della Bretagna, aveva luogo per qualunque altra cosa oltre i cavalli (4). Bonifacio ci riferisce che nella giurisdizione del parlamento d' Aix, il compratore di merci, come di tela batista, poteva promuovere l' azione redibitoria entro i sei mesi (5).

587. Non sono pacifiche le opinioni intorno alla quistione se il termine della prescrizione decorra dal giorno della vendita, ovvero da quello in cui il vizio si conobbe. Malleville dice aver fatto giudicare, che la prescrizione non comincia a decorrere che da quest' ultima epoca, e tale è l' opinione pure della corte di Lione, manifestata a proposito di una vendita d' immobili in un giudicato del 5 Agosto 1824 (6).

Tal quistione è imbarazzante, se si ricercano nelle leggi Romane i dati per risolverla. Infatti Cujacio, fondandosi nella legge 55, Dig. *De ædilit. edict.*, insegna nel suo comento sopra quel testo, che è ricavato dal lib. 12, dei Responsi di Papiniano, che la prescrizione non decorre che dall' epoca in cui il compratore ha conosciuto il vizio. « Tempus illud utile « sex mensium, hoc loco Papinia« nus docet numerari ex die quo « emptor vitium cognoverit, ut Plato « eodem libro (*De legib.*, 2). Nec e« nim tempus cedit aut currit igno« ranti . . . . . Utile tempus est quo « experiundi potestatem habet, is « cui actio competit. Ignorans autem « non videtur habere experiundi po« testatem. » Nulla di più formale.

Da un altro canto però, Ulpiano contro Papiniano stabilisce in termini eziandio più espressi, che il termine decorre dal giorno della vendita. *Tempus redhibitionis ex die venditionis currit.* Son parole della legge 19, § fin., Dig. *De ædil. edicto*, e quasi tutti gl' interpetri adottano questo principio (7).

Cujacio ha procurato di conciliare questi due sistemi opposti, dicendo, che Ulpiano non ha parlato che del caso in cui il compratore non ha ignorato il vizio occulto. « Quod au« tem dicitur *in leg. sciendum*, § *ult.*, « tempus sex mensium cedere ex die « venditionis, non est verum si la« tens vitium emptor ignoraverit. » Al che può rispondersi, che se il compratore ha avuto la scienza del vizio redibitorio il giorno della vendita, punto di partenza della prescrizione secondo Ulpiano, il venditore non è responsabile a forma dei principj certi in questa materia, purchè però non vi sia una promessa di garanzia di fatto, a cui tutto dimostra che Ulpiano non ha voluto alludere.

(1) Art. 282, d' Argentrée.
(2) Bonifacio, t. 4, p. 446.
(3) Giudicato del 5 Agosto 1824 (Dal., 25, 2, 17).
(4) Art. 282 precitato.
(5) T. 4, p. 445, n. 2.

(6) Dal., 25, 2, 17.
(7) Corvino, Eoerrat., Cod., *De ædil. act.*, p. 250, col. 2. Voet, ad Pand., *De ædil. edict.*, n. 6. Pothier, Pand., t. 1, p. 602, n. 86.

Io non assumo il mettere d' accordo i due grandi giureconsulti Romani. Forse la decisione d' Ulpiano era peculiare al caso della vendita d' uno schiavo fuggito, di cui si occupa. Fors' anche i suoi principj erano capitalmente contrarj a quelli di Ulpiano. Poco importa! le leggi Romane non hanno per noi che l' autorità della persuasione, e spetta a noi di eleggere fra esse. Ora dico che il testo d' Ulpiano è molto più conforme alla ragione della dottrina opposta. Questa infatti distrugge ogni base stabile, somministra mille facilità abusive di sfuggire alla perenzione; fa partire il principio della prescrizione da un punto ignoto, arbitrario, che sarà sempre in potere del compratore di dissimulare, onde prolungare il tempo della prescrizione. Meglio varrebbe che la legge non avesse fissato il termine fatale.

Di più, la quistione è singolarmente pregiudicata dal testo di varj statuti, i quali parlando dei vizj redibitorj dei cavalli, dichiarano apertamente, che la prescrizione non corre dal giorno in cui il compratore ha la scienza del vizio, ma bensì dal giorno in cui la vendita lo pone in possesso della cosa (1).

588. Ma che deve dirsi se la tradizione non susseguе immediatamente la vendita? La prescrizione correrà *ex die venditionis*, ovvero *ex die traditionis?*

Io credo che il termine non debba decorrere che dal giorno della tradizione. Gli statuti, i quali si sono occupati dei vizj redibitorj dei cavalli, non lasciano alcun dubbio a tal riguardo. *Otto giorni dopo la tradizione*, dice lo statuto del Borbonese; *quaranta giorni soltanto dopo la vendita e consegna*, dice lo statuto di Bar; *otto giorni dopo la tradizione*, dice lo statuto di Bassigny. Pothier c' informa che tale era l'uso nell'Orleanese (2), e Basnage nella Normandia (3); quest'autore cita un regolamento del 19 Luglio 1713, fatto per la vendita delle vacche e dei montoni, e che stabilisce così. Coquille (4) insiste parimente sulla tradizione, come punto di partenza del termine fatale, ed aggiunge essere *a norma dell'antica ordinanza della polizia di Parigi.* Argou (5) segue la medesima dottrina che formava il dritto comune della Francia (6). In qual modo infatti vorrebbesi che il compratore potesse agire, se il possesso non l' avesse posto in grado di provare la cosa *(potestatem experiendi habuisse)* (7).

La corte di cassazione però decise in senso opposto con giudicato del 17 Marzo 1829 (8), in una specie nella quale trattavasi di applicare il regolamento di Normandia del 30 Gennajo 1728 (9). Rivoire aveva comprato in fiera, il 24 Febbr. 1826, un cavallo, la consegna del quale non aveva avuto luogo che il 18 Marzo seguente. Il 10 Aprile, cioè avanti lo spirare dei trenta giorni concessi dal regolamento, Rivoire domanda con-

(1) Bourbonnais, cap. 22, art. 87. Bar, art. 201. Bassigny, art. 91.

(2) *Vente*, n. 232.

(3) Sopra l' art. 40 dello statuto.

(4) *Inst. au Droit François*, p. 147.

(5) *Inst. au Droit François*, t. 2, p. 242.

(6) Loysel ne è la prova. V. al n. 590 il passo di quest' autore ivi citato.

(7) L. 55, Dig. *De ædil. edict.*, i di cui termini riferiti mi sembrano qui applicabili, sebbene io non adotti il disposto sostanziale della legge.

(8) Dal., 29, 1, 366.

(9) V. *infra*, n. 589, il testo di tal regolamento.

tro Buhot suo venditore la resoluzione per vizio redibitorio. Buhot risponde, che il termine è decorso dal giorno della vendita, e non da quello della tradizione, e che però l'azione è prescritta.

Sentenza del tribunale di Pontoise, la quale ammette questo sistema, per la ragione che la vendita si perfeziona mediante il consenso sulla cosa e sul prezzo, e che fin da quel momento la cosa, consegnata o nò, è a risico del compratore.

Questi motivi erano assai poco concludenti. La massima *res perit emptori*, non è nuova; era in vigore nell'antico dritto, e in esso tenevasi per costante che quantunque la cosa non fosse stata consegnata, nondimeno periva pel compratore. Tuttavia, era consuetudine che il tempo della redibizione non corresse che dopo la tradizione!!

Malgrado ciò, la corte di cassazione rigettò il ricorso di Rivoire, sotto pretesto che non era violato nè l'art. 1648 del Codice civile, nè il regolamento del 30 Gennajo 1728. Convengo che questo regolamento non specifica il giorno da cui deve computarsi il termine; ma la consuetudine attestata da Basnage e dal dritto comune, consuetudine a cui si rimette l'artic. 1648 del Codice civile, non era sufficiente a fare annullare la sentenza del tribunale di prima istanza che l'aveva disprezzata?

589. Ma tenendo per fermo che la prescrizione decorre dal giorno della vendita o della tradizione, s'incontra una nuova difficoltà. È egli sufficiente, che il vizio sia stato constatato nel termine fatale, salvo a promuovere l'azione posteriormente in un termine assai breve? ovvero è indispensabile che l'azione si proponga entro quel termine? Con decisione del 12 Marzo 1831, la corte di Bourges (1) adottò il primo sistema, i di cui precedenti si rintracciano nell'antica giurisprudenza (2). Decise nel caso di vendita di un cavallo infermo del moccio, che era bastevole che il compratore facesse constatare il morbo nel termine degli otto giorni assegnati dalla consuetudine locale, e dentro il termine medesimo notificasse la perizia al venditore; che questi non poteva insorgere contro l'indugio a procedere agli atti giudiciali, poichè tale indugio aveva l'unico fine di accertarsi se la malattia prendeva un carattere serio.

La corte di cassazione andò anco più oltre in un caso in cui il venditore era stato solamente avvertito mediante una semplice lettera entro gli otto giorni. La corte suprema opinò, che sebbene la domanda giudiciale non fosse stata avanzata che un mese dopo la vendita, pure lo scopo della legge era conseguito; che nulla dimostrava nella causa che per consuetudine locale occorresse una giudiciale citazione trasmessa nello spazio di nove giorni dal dì della vendita; che era sufficiente che il vizio fosse stato constatato entro quel termine. Questa decisione è del 5 Agosto 1830 (3).

(1) Dal., 31, 2, 194.

(2) Decisione del parlamento di Parigi del 7 Settembre 1770. Répert., v° *Cheval*, p. 281, n. 5, e Denizart, v° *Rédhibition*.

(3) Dal., 30, 1, 199.

Io son di parere, che in tal materia non esista regola generale. Il Codice non ha voluto fissarne alcuna; e noi non dobbiamo mostrarci di lui più esatti. Ma è da contemplarsi principalmente il testo degli statuti, ed i regolamenti locali. A modo d'esempio, allorchè il parlamento di Rouen dice nel suo regolamento del 30 Gennajo 1728: « Le « azioni per vizj redibitorj dei caval- « li, siccome bolsaggine, moccio, e « scalmana, *si promuoveranno nel ter- « mine di trenta giorni*, in difetto di « che, scorso questo tempo, gli at- « tori saranno dichiarati decaduti dal- « la loro azione », tali espressioni tolgono qualsiasi ambiguità; l'azione deve regolarmente intentarsi entro lo spazio di trenta giorni, e la semplice verificazione dell'infermità fatta entro questo termine non toglierebbe la perenzione (1).

Ma se lo statuto è meno preciso, sarà dato di largheggiare nell'interpetrarlo. A modo d'esempio, lo statuto Borbonese dice: « Un venditore « di cavalli non è tenuto per i vizj, « eccetto il moccio, la bolsaggine, « la corba, e la scalmana, a meno « che gli abbia venduti sani e salvi, « nel qual caso è tenuto per tutti i « vizj occulti ed apparenti otto gior- « ni dopo la tradizione. »

Questo testo, cui l'art. 204 dello statuto di Bar, e l'art. 91 dello statuto di Bassigny sono conformi, non è tanto rigoroso come il regolamento del parlamento di Rouen. Esso non stabilisce che l'azione dovrà intentarsi entro gli otto giorni; dice soltanto che il venditore è tenuto dei vizj per lo spazio di otto giorni, cioè che è responsabile dei vizj che si manifestano in questo termine. È dunque sufficiente che l'apparizione del male sia regolarmente posta in essere in questo lasso di tempo, salvo a perseguitare il venditore in un breve periodo. Lo giudicò il parlamento di Parigi con decisione del 7 Settembre 1770, interpetrativa dello statuto Borbonese (2).

590. Rimane un'ultima difficoltà, che consiste nel fissare se la prescrizione stabilita dalle consuetudini, alle quali si riferisce l'art. 1648, è applicabile alla garanzia d'un vizio che non è d'indole sua redibitorio, ma che lo è solo per convenzione.

Si citano due giudicati del parlamento di Pau del 15 Gennajo 1727, e 13 Gennajo 1753, che proclamarono la negativa. Ma queste decisioni si spiegano col riflesso che la consuetudine locale aveva ridotto a nove giorni la sola responsabilità pel moccio, la corba, e la bolsaggine; per il resto osservavansi le leggi Romane, le quali accordavano un termine di sei mesi (3).

Ma è da avvertire, che alcuni statuti contengono disposizioni affatto differenti; la maggior parte di quelli che hanno determinato i vizj dei cavalli, aggiungono anco positivamente, riguardo ai vizj redibitorj convenzionali che possono affliggere tali animali, che la responsabilità del venditore è quella medesima che pel moccio, la bolsaggine e la scalmana. Abbiamo testè veduto che tale era il disposto dello statuto Borbonese; è pur quello degli statuti di Bar (ar-

(1) Decisione della corte di cassazione del 18 Marzo 1833 (Dal., 33, 1, 175). Questa decisione cassa un giudicato di Saumur.

(2) Denizart, v° *Rédhibition*, e Répert. de jurisprudence, v° *Cheval*.

(3) Répert., v° *Rédhibitoire*, p. 101, col. 2.

ticolo 204), di Bassigny (art. 91). Ed il nostro antico Loisel ne ha fatto un'assioma (1). « Un venditore « di cavalli non è tenuto pei loro « vizj, fuorchè moccio, bolsaggine, « corba e scalmana, *eccettochè se gli « ha venduti* SANI E SENZA DIFETTI; « *nel qual caso risponde* DI TUTTI I VI- « ZI, *fino ad otto giorni dopo la fatta* « TRADIZIONE. »

CAPITOLO V.

Delle obbligazioni del compratore.

ARTICOLO 1650.

L' obbligazione principale del compratore è di pagare il prezzo nel giorno e luogo determinati nel contratto di vendita.

ARTICOLO 1651.

Quando al tempo della vendita nulla siasi stabilito in proposito, il compratore deve pagare nel luogo e nel tempo in cui deve farsi la tradizione.

ARTICOLO 1652.

Il compratore è tenuto all' interesse del prezzo della vendita fino al giorno del pagamento del capitale, nei tre casi seguenti:

Se ciò è stato convenuto al tempo della vendita;

Se la cosa venduta o consegnata produce frutti, od altri proventi;

Se gli è stata intimata la domanda del pagamento.

In quest' ultimo caso gl' interessi non decorrono che dal giorno dell' intimazione (2).

SOMMARIO.

591. Dell' azione *ex vendito*, aperta al venditore.
592. L' obbligo principale del compratore è quello di pagare il prezzo. Garanzie diverse concesse a tal proposito al venditore, in cui si è voluto proteggere il dritto di proprietà.
593. Il venditore non ha dritto al prezzo se non che quando non sia moroso alla consegna della cosa. Chi dei due, venditore e compratore, deve essere il primo ad adempire gli obblighi proprj.
594. Il compratore deve pagare nel luogo e nel tempo stabiliti nel contratto di vendita. *Quid*, se nulla è stato fissato dal contratto.
595. Il pagamento del prezzo è indivisibile.
596. Elementi componenti il prezzo.
597. Gl' interessi del prezzo non sono dovuti al compratore in tutti i casi. Teoria relativa del Codice civile.
598. 1° Gl' interessi sono dovuti di pieno dritto, se la cosa consegnata produce frutti.

---

(1) Lib. 2, t. 4, n. 17.

(2) Questi tre articoli sono ricavati da Domat, lib. 1, t. 2, sez. 2, n. 1, 2 e 6.

599. Pathier voleva, seguenda alcuni giureconsulti anchi, ohe gl' interessi non fossero dovuti di pieno dritto, se il venditore dando il possesso al compratore gli avesse concesso una dilazione al pagamento del prezzo. Repulsa di tale limitazione.
600. Ma gl' interessi non sarebbero dovuti di pieno dritto, se il testatore avesse concesso al compratore la dilazione al pagamento con le sue disposizioni d' ultima volontà.
601. 2º Il compratore non deve gl' interessi se la cosa non è produttiva di frutti. Non gli deve che in sequela d' intimazione, fuorchè se vi sia un patto per determinare questo punto.
502. Se la cosa è sterile per accidente, il compratore potrà sgravarsi degl' interessi *prorata*? Opinioni antiche esaminate e confutate.
603. Gl' interessi non sono dovuti se la cosa non fu consegnata. *Quid*, se il compratore era moroso a ricevere la consegna?
504. Se gl' interessi del prezzo della vendita si prescrivano in cinque anni. Giudicati. Rinvio.
605. Del privilegio del venditore per il prezzo della vendita, e per gl' interessi. Rinvio.
606. Rinvio per alcune quistioni nelle quali il sistema ipotecario complica i principj relativi al debito degl' interessi del prezzo.
607. Del caso in cui il prezzo è stato delegato dal venditore.

COMENTO.

591. Il capitolo analizzato ci ha dimostrati gli obblighi del venditore, ed i diversi effetti dell'azione *ex empto* concessa al compratore per assicurare i suoi dritti.

Ma siccome la vendita è un contratto sinallagmatico, vi è una controparte nella quale il venditore non figura più come debitore ed obbligato, ma come creditore; il capitolo V và dunque a dimostrarci gli obblighi del compratore, e lo sviluppo dell'azione personale *ex vendito*, che il venditore può contro esso esercitare per costringerlo ad adempirli. Ulpiano definisce come segue quest' azione tanto frequente in dritto: « Ex vendito actio venditori com- « petit, ad ea consequenda quæ ei « ab emptore præstari oportet (1). »

592. L' obbligazione principale del compratore è quella di pagare il prezzo. È dessa così precisa, che il legislatore ha attribuito al venditore *un privilegio* sopra la cosa per recuperarla (2), e che eziandio, limitando in certi casi la regola sancita dall'articolo 1583, gli apre la strada alla *rivendicazione* (3). Infine, come se tutto ciò non bastasse, completa tali garanzie, concedendo al venditore l' azione rescissoria, di cui parleremo comentando l' artic. 1654. Tutte queste precauzioni testificano il favore che la legge ha compartito al venditore, che qui rappresenta il dritto di proprietà, sempre tanto sacro al Codice civile (4).

593. Ma affinchè il compratore sia astretto al pagamento del prezzo, è d' uopo che il venditore non sia moroso alla consegna della cosa (5). Perocchè finchè il venditore richiedente il prezzo non offre la cosa, non può venire ascoltato (6). Sonvi eziandio alcuni casi, nei quali il com-

(1) L. 13, § 19, Dig. *De act. empt.*

(2) V. il mio comento sopra le Ipoteche, t. 1, n. 181 e seg., e 213 e seg.

(3) *Loc. cit.*, t. 1, n. 187 e seg.

(4) V. la mia prefazione del comento sopra le Ipoteche, e lo squarcio citato di un discorso di Napoleone.

(5) Pothier, Pand., t. 1. p. 530, n. 87. *Supra*, n. 310.

(6) Cujacio dice benissimo: « Venditor igitur *qui* « *pretium petit*, offerre debet rem, ut ex diverso « emptor *qui rem petit*, afferre debet pretium. » Sopra la legge 25, Dig. *De act. empt.* Si è ventilata la quistione di chi debba per il primo cominciare l'adempimento dell' obbligo suo, se il venditore o il compratore. Voet dice benissimo, che l' attore, chiunque siasi, è tenuto a sodisfarlo per il primo, se vuole essere ascoltato (ad Pand., *De act. empt.*, n. 23). Lo che concilia quest' osservazione col n. 340 *supra*.

pratore che ha ricevuto la cosa ha la facoltà di dilazionarne il pagamento; noi ce ne occuperemo all' articolo 1653.

594. Se il venditore ha adempito tutte le sue obbligazioni, il compratore deve pagare nel giorno e nel luogo stabiliti dal contratto di vendita (art. 1650) (1).

Se nulla fu stabilito su tal proposito nel contratto di vendita, il compratore deve pagare nel luogo, e nel tempo in cui deve farsi la tradizione (art. 1651). Vedemmo sotto gli articoli 1609 e 1610, i principj relativi al luogo ed al tempo della tradizione. Questi serviranno di regola per il pagamento. La legge ha vincolato il pagamento alle medesime circostanze di luogo e di tempo della tradizione, perchè in tesi generale (art. 1612), l' accompagna, e va con esso di pari passo. Sono due atti concomitanti corrispondenti alle due obbligazioni reciproche e simmetriche generate dal contratto di vendita, cioè, consegnare la cosa da una parte, dall' altra pagare il prezzo.

È a decidersi ancora che l' articolo 1651 è stato fatto pel solo caso della vendita a pronti contanti. Ma se la vendita è a termine, si ritorna al disposto dell'art. 1247, a forma del quale il pagamento dee farsi al domicilio del compratore.

Lo giudicò una decisione della corte di cassazione del 14 Giugno 1813, proferita sopra le conclusioni conformi di Merlin (2), in una decisione della stessa corte del 5 Maggio 1818 (3), ed una decisione di Limoges del 19 Gennajo 1828 (4). Questa è pure la dottrina di Toullier (5).

595. Il pagamento del prezzo è indivisibile. Non può costringersi il venditore a riceverne una parte. Esposi al n. 311 la ragione ed i corollarj di tal principio.

596. È d'uopo ora accennare cosa si comprenda nell' obbligo di pagare il prezzo.

La parola *prezzo*, ha un significato estesissimo. Denota tuttociò che il compratore sborsa per conseguire il possesso della cosa. *Pretium rei*, dicono Gotofredo e il Soccino, *sunt propter rem habendam et adquirendam impensa* (6).

Quindi sotto la parola prezzo, si comprende (7), 1° la somma convenuta principalmente come un equivalente della cosa dedotta in vendita; 2° le prestazioni in natura o altre, aggiunte al prezzo per mantenere l' equilibrio e l' eguaglianza fra le parti (8); 3° gl' interessi del prezzo (9), allorchè sono dovuti, come

(1) V. Pothier, *Vente*, n. 279, i di cui termini sono a un dipresso riprodotti nell'art. 1650. Ulpiano, l. 13, § 20, Dig. *De act. empt.*

(2) Répert., v° *Tribunal de Commerce*, n. 8. Dalloz riferisce questo giudicato, v° *Compétence*, p. 392 e 393.

(3) Dalloz, *loc. cit.*, p. 395. Quest' autore riferisce (p. 396) una decisione della corte di Parigi del 2 Maggio 1816, che a prima vista sembra concepita in senso opposto, ma che si spiega col riflesso che la vendita era a pronti contanti.

(4) Dal., 29, 2, 21.

(5) T. 7, n. 90.

(6) Sopra la leg. 40, § 1, Dig. *De cond. et demonst.*, nota n. Mio comento sopra le Ipoteche, t. 1, n. 120, p. 328.

(7) V. anco le cose da me dette intorno al Prezzo, *supra*, n. 150, ed il mio comento sopra le Ipoteche, t. 4, n. 929.

(8) Si tibi fundum vendidero, ut eum conductum certa summa haberem, ex vendito eo nomine mihi actio est, *quasi in partem pretii ea res sit.* Paolo, l. 21, § 4, Dig. *De act. empt.* Giavol., l. 79, D. *De cont. empt.*

(9) Pothier, Pand., t. 1, p. 531, n. 93. Despeisses, t. 1, p. 167, col. 1, n. 3.

accenneremo in seguito; 4° tutti gli altri accessorj qualunque sieno, tutti i disborsi che si debbono al venditore in compenso di quello che dà, siccome mancia (1), cappello, benandata; 5° tuttociò che si paga ai terzi per conto suo; 6° infine tuttociò che è stato posto a carico del compratore, e preso in considerazione per la determinazione del prezzo principale (2).

597. Ho rammentato gl'interessi del prezzo. Non sono però dovuti in ogni caso, come stabilisce l'art. 1652.

Ecco su qual base posa tutta la teoria degl'interessi del prezzo della vendita.

598. Allorchè la cosa venduta è fruttifera, ed è consegnata al compratore, sarebbe sommamente ingiusto, ch'esso gli percipesse, e contemporaneamente lucrasse gl' interessi della somma da esso dovuta a titolo di prezzo. Quindi la percezione dei frutti operata dal compratore è stata considerata come un motivo sufficiente per la decorrenza legale, e senza costituzione in mora, degl'interessi del prezzo. *Hoc solum enim spectare debemus an habeat facultatem fructus percipiendi* (3). Tali interessi sono i più sacri. Sono il giusto prezzo dei frutti rilasciati al compratore: perciò il dritto canonico, tanto esagerato ne' suoi principj intorno all' usura, non gli ha mai ponderati. « Non omittam, dice Cujacio (4), « quod etiam hic doctores notant, « nec jure pontificio improbari usu« ras pretii, quæ venditori debentur « post diem traditionis; quia earum « usurarum causa non est captatio « lucri; sed causa earum est ratio « fructuum, quorum percipiendorum « per traditionem emptor facultatem « nactus est, ut scilicet fructus rei « pariant, et quodammodo penseut « usuræ pretii. »

L'articolo 1652 ha calcato queste tracce, ed è applicabile ancorchè il venditore avesse stipulato di consegnare la cosa a mero titolo precario fino al pagamento del prezzo. Ulpiano lo statuisce espressamente nella leg. 13, § 21, Dig., *De act. empt.*

599. A questa regola tanto equa, Pothier (5) opina doversi fare una limitazione, se il venditore, dando al compratore il possesso, gli concede una dilazione al pagamento. Pothier segue il sentimento di Fachinéo (6) e di Covarruvias (7), e lo giustifica dicendo che il possesso concesso dal venditore costituisce una parte del subietto venduto; che si presume il compratore la paghi mediante il prezzo stabilito nel contratto, il quale probabilmente è superiore a quello che meriterebbe senza tal clausola; che infine, in dubbio, la convenzione deve interpetrarsi contro il venditore, il quale doveva dichiarare in termini espliciti che intendeva stipulare gl'interessi (8). Possono aggiungersi a queste autorità quelle di Matteo de Afflictis (9) e di Despeisses (10).

Nulladimeno tale opinione è ella

(1) Pithou, sopra l' art. 52, p. 161 delle statuto di Troyes. *Sopra*, n. 161.

(2) V. il mio comento sopra le Ipoteche, t. 1, n. 120, e t. 4, n. 929.

(3) L. 13, § 21, Dig. *De act. empt.*

(4) Sopra la detta legge 13, § 21.

(5) *Vente*, n. 287.

(6) Controv., 2, 32.

(7) Ver. resol., 111, 4.

(8) Dalloz crede che l'opinione di Pothier si basi sopra quelle de' *giureconsulti Romani* (*Vente*, n. 9, p. 893)!! Ma è in errore: Fachinéo e Covarruvias sono scrittori moderni.

(9) Decis. Neapol., 20, n. 4.

(10) T. 1, p. 16, col. 1, n. 3.

sicura? Quanto a me, la credo assai dubbia, e primieramente mi sembra arduo conciliarla con la leg. 13, § 21, Dig., *De act. empt.*, da me citata alla fine del numero precedente. Cosa dice infatti Ulpiano in quel frammento? Che il compratore deve gl' interessi del prezzo, anco quando è stato messo in possesso della cosa venduta a titolo precario, *et si precaria sit possessio*. Ma qual'è il motivo per cui il venditore può avere stipulato il patto del precario, se non è quello, che avendo concesso un termine al compratore pel pagamento del prezzo, ha voluto in caso di mora, riservarsi col mezzo di siffatta clausola, la facoltà di recuperare la cosa con l' azione *rei vindicatione*, ovvero di ritenerla *quasi jure pignoris* (1)? Vi era dunque una dilazione concessa, senza di che il riservo della proprietà per parte del venditore non si comprenderebbe, e malgrado ciò, Ulpiano vuole che il compratore godendo i frutti sia debitore degl' interessi!! La concessione di una dilazione al pagamento non è dunque di per sè esclusiva del dritto agl' interessi.

L'art. 1652 del Codice civile mi sembra concepito nel medesimo senso. Non fa distinzione; prescrive che gl' interessi decorrano per legge ogni qualvolta il prezzo è dovuto, e la cosa acquistata è fruttifera. Tal disposizione è oltremodo equa. Quindi, libera da qualsiasi distinzione, addiviene una regola certa e giusta, che porta un livello perfetto sopra dei casi che non offrono fra loro veruna sensibile differenza (2).

Gli scrittori dai quali Pothier aveva appreso la sua dottrina ne scorgevano una, solo perchè al loro punto di vista l' usura vietata dal dritto canonico presentavasi incessantemente innanzi a loro per sconvolgere la loro fantasia. Temevano che quella somma di danaro lasciata a credito in mano del compratore, e producente interessi, costituisse un contratto infetto d' usura *contra naturam et jura* (3).

Pothier invero seguendo la loro opinione aveva cercato ad appoggiarla a ragioni più sodisfacenti per le menti illuminate: ma molto lasciano a dire. Pothier vuole che si supponga che il possesso è stato compreso nel prezzo della vendita, il quale a riguardo di tal clausola dee reputarsi maggiore di quello che senza di essa sarebbe stato. Ma non v'è ipotesi più esagerata, nè più arbitraria e più avventurata di questa. Esaminiamo all' opposto i fatti a norma della consuetudine più frequente. Una dilazione è concessa; qual'è il di lei prezzo ordinario? è un capitale? niente affatto. Sono gl'interessi. Un debitore compensa pel consueto con gl' interessi il servizio che il creditore gli presta concedendogli una dilazione. Ciò avviene quotidianamente, e si può caratterizzare come presunzione quasi infallibile. Per ammettere il contrario, occorrereb-

(1) Cujacio, Récit. solen., sopra la leg. 2, § *Sine pretio*, Dig. *De cont. empt.* Zanch., *De prælatione creditor.*, exercit. 1, § 1. Mio comento sopra le Ipoteche, t. 1, n. 181 e seg., e 219, dimostro l'utilità di questo riservo *del precario*, in un sistema che legalmente non accordava al venditore il dritto di chiedere lo scioglimento della vendita, e che non gli attribuiva alcun privilegio.

(2) Lo pensa anco Duranton, t. 16, n. 340.

(3) V. in Fachin., Controvers., *loc. cit.*, il principio di tale opinione.

bero dei fatti, che mancano al sistema di Pothier.

Io ammetterei ancora questo sistema, se l'obbligazione di corrispondere gl'interessi fosse la pena del compratore di mala fede; perocchè la concessione volontaria di un termine, dovrebbe fare escludere qualunque idea di contumacia, e di mora dolosa. Ma non è così. L'articolo 1652, alla pari delle leggi Romane dalle quali emana, sono basate sopra una legge d'eguaglianza; chi gode de' frutti della cosa, non deve ritenere a suo pro' gl'interessi del prezzo. Or bene! Questa legge d'eguaglianza non reclama con pari insistenza nel caso d'un termine concesso, come in quello in cui non vi è termine?

600. Ma vi ha un altro punto, intorno al quale non esiterò ad abbracciare gl'insegnamenti di Pothier (1). Ed è che se la dilazione al pagamento fosse concessa al compratore mediante testamento, gli eredi del venditore non potrebbero in questo tempo esigere gl'interessi. Si presume che il testatore ne abbia voluto gratificare il compratore a titolo di liberalità. *In testamentis voluntates testantium plenius interpretantur* (2).

601. Il principio che gl'interessi del prezzo sono dovuti di pieno dritto, è soggetto ad un'altra eccezione, quando la cosa venduta non produce nè frutti, nè rendite (3). Se per esempio, dice Pothier (n. 284), si è venduto una biblioteca, una tappezzeria, la ragione da noi assegnata al n. 598 sparisce, e si rientra sotto l'impero del dritto comune, a norma del quale il compratore non è tenuto agl'interessi del prezzo finchè non è costituito in mora, o se gl'interessi non sono stati posti a carico suo mediante una clausola speciale. Questi sono due altri casi previsti dall'artic. 1652. Fermiamoci un istante su ciò che gli riguarda.

Diciamo primieramente che gl'interessi decorrono quando il compratore è stato posto in mora. Una semplice intimazione basta ad interpellare (4). Una domanda giudiciale non è necessaria.

Diciamo in secondo luogo, che gl'interessi decorrono a vantaggio del venditore allorchè vi è stato un patto. Se però il venditore non fosse obbligato alla tradizione che dopo un certo tempo, abbisognerebbe una clausola abbastanza espressa per determinare il giudice a risolvere che gl'interessi sono dovuti anche prima della tradizione. Perocchè, qual cosa più esorbitante che il vedere il venditore raccogliere i frutti della cosa da lui tuttora posseduta, e godere gl'interessi del prezzo? Se dunque il contratto esprimesse in un modo vago e generale, che il compratore corrisponderà gl'interessi del prezzo, ciò non basterebbe a farli decorrere prima della tradizione.

602. Se la cosa produce per natura sua dei frutti o dei redditi, ma è accidentalmente colpita da sterilità, il compratore potrà venire proporzionalmente esonerato dagl'interessi?

Gl' interpetri del dritto Romano

(1) *Vente*, n. 289.

(2) L. 12, Dig. *De reg. juris.*

(3) Perezio, *Praelect.*, sopra il Codice, *De act. empt.*, n. 16. Fachin., lib. 2, c. 32, riferisce una folla di scrittori pro' e contro.

(4) Artic. 1139, combinato con l'art 1652, che impiega il vocabolo *intimato*. Duranton, t. 16, n. 341.

proclamarono l'affermativa (1). Nondimeno non la credo ammissibile nel dritto Francese, il quale stabilisce una specie di cottimo fra il venditoro ed il compratore, e non permette d'indagare minutamente se gl' interessi del prezzo rappresentano obolo per obolo il valore dei frutti. La mancanza della percezione dei frutti può derivare dalla trascuranza del compratore, dal difetto di attenzione nella coltivazione; la liquidazione dei frutti occasionerebbe quasi sempre controversie interminabili e rovinose. La nostra pratica procura di evitarle fissando una regola di compensazione preferibile ad un rigore matematico pressochè impossibile.

603. È appena necessario dire che un altro caso in cui il venditore non ha dritto agl' interessi *ipso jure*, è quello in cui la tradizione non si è effettuata; perciocchè allora il compratore non deve neppure il prezzo principale (2). « Cum usuræ prætii « fundi ab eo qui a fisco emerat pe- « terentur, et emptor negaret tra- « ditam sibi possessionem, impera- « tor decrevit iniquum esse usuras « ab eo exigi qui fructus non per- « cepisset (3). »

Se però il venditore avesse offerto la cosa, ed il compratore fosse moroso a riceverne la consegna (4) ed a sborsare in conseguenza il prezzo, potrebbero gl'interessi esser dovuti a datare dall'offerta fatta dal venditore con intimazione (5). Quest'interessi sono ad evidenza piuttosto moratorj che compensatorj dei frutti.

604. È quistione molto controversa se gl'interessi del prezzo della vendita si prescrivano in cinque anni a forma dell'art. 2277 del Codice civile. Non voglio qui discuterla, perchè si connette più particolarmente all'interpetrazione di quell'articolo. Mi limiterò a dire che in mezzo al conflitto che divide le corti reali (6), la corte di cassazione ha sanzionato la prescrizione de' cinque anni con le decisioni 7 Febbrajo 1826, e 9 Giugno 1829 (7). Tal giurisprudenza è comune anco alla corte di Nancy. Duranton però insegna il contrario (8).

605. Ho esornato diffusamente nel mio comento sopra le Ipoteche (n 219) la quistione tendente a stabilire se la totalità degl' interessi del prezzo della vendita sia privilegiata.

606. Rinvio ancora a quell' opera per altre quistioni interessanti; per esempio, quella che consiste nel determinare l'influenza dell'azione ipotecaria, e della notificazione fatta allo scopo della purgazione, ai creditori iscritti, sopra la sorte degl'interessi, tanto riguardo al venditore che ai creditori medesimi (9).

607. Se il contratto di vendita ha il patto della delegazione del prezzo ai creditori, il compratore deve sodisfarlo in mano loro. Addiviene obbligato personalmente verso di essi fino a concorrenza del prezzo e degl' interessi, e può personalmente costringersi all' adempimento di tale obbligo, senza potersene liberare col rilascio della cosa.

(1) V. Fachin., *loc. cit.*, e Perezio, *loc. cit.*

(2) *Supra*, n. 593.

(3) L. 16, Dig. *De usuris.*

(4) V. art. 1657, *infra.*

(5) L. 13, C. *De act. empt.*

(6) V. le decisioni pro'e contro nel Diclionnaire di Dalloz, v° *Prescription*, p. 299 e 300.

(7) Dal., 27, 1, 162; 29, 1, 267.

(8) T. 16, n. 343.

(9) T. 4, n. 929, e t. 3, n. 698 *bis*, p. 144.

ARTICOLO 1653.

Se il compratore è molestato, o ha giusto motivo per temere di esserlo per un'azione ipotecaria o vendicatoria, può sospendere il pagamento del prezzo fino a che il venditore abbia fatto cessare le molestie, quando questi non prescelga di dar cauzione, o quando non siasi convenuto, che il compratore pagherà, non ostante qualunque molestia.

SOMMARIO.

608. Casi nei quali il compratore immesso in possesso può sospendere il pagamento del prezzo. *Quid*, se perdura il termine entro il quale possono accendersi utilmente le iscrizioni? *Quid*, allorchè è molestato, o ha giusto motivo per temere di esserlo?

609. Nell'antica giurisprudenza, era d'uopo che il compratore, all'effetto di poter ritenere il prezzo, venisse molestato. Motivo di tal disposizione. Avviene altrimenti sotto il Codice civile. È sufficiente che il compratore abbia una giusta causa di temere le molestie.

610. Cause ordinarie di timore d'evizione. Esistenza d'iscrizioni ipotecarie.

611. Ma il compratore è sempre debitore degl'interessi del prezzo.

612. Se il timore dell'evizione investe una parte minima della cosa, il compratore può ritenere una parte corrispondente del prezzo.

613. Il compratore può preferire la rescissione del contratto alla retensione del prezzo.

614. Ma se il prezzo fu pagato, il compratore non può fondare sopra una semplice molestia una domanda di restituzione. *Quid*, se il prezzo fu pagato a dei creditori ipotecarj, e depositato a loro favore? Il pericolo e l'evizione, possono autorizzare una ripetizione? Discussione d'un giudicato della corte di Metz.

615. Il venditore può costringere il compratore al pagamento del prezzo, se fa cessare le turbative.

616. Può eziandio esigere il prezzo se il compratore si è obbligato a pagare non ostante qualunque molestia.

617. Il prezzo deve pure pagarglisi se dà cauzione.

618. Ammontare della cauzione.

619. Se il compratore procede alla purgazione, ed in conseguenza ritiene il prezzo onde effettuarla, il venditore non può, offrendo cauzione, costringerlo a pagare in mano sua.

COMENTO.

608. L'art. 1653 prende di mira il caso da noi annunziato al n. 593; dà al compratore immesso in possesso della cosa il dritto di sospendere il pagamento del prezzo.

Le nostre osservazioni sul testo presente si divideranno in due parti. Nella prima esamineremo le circostanze che possono legittimare la recusa del compratore al pagamento del prezzo.

Nella seconda insegneremo in qual modo il venditore può superare tal resistenza.

L'artic. 1653 non prevede sì minutamente come le leggi Romane, tutti i casi nei quali il compratore può trovarsi nella necessità di provvedere a' proprj interessi sospendendo il pagamento del prezzo.

Le compilazioni Giustinianee sempre amiche dei più minuti dettagli, e che contengono la maggiore collezione conosciuta di casi giuridici, contemplano primieramente il caso in cui la cosa è affetta da vizio redibitorio. « *Iniquum est*, dice Ulpiano, *venditorem pretium redhibendæ rei consequi* (1). » Ma è tanto chiaro, che quando il compratore è sul punto di far rescindere la vendita, non deve pagare alcun prezzo, che il Codice ha potuto astenersi dal dichiararlo.

(1) L. 59, Dig. *De æd. edict.*

Un altro caso più serio in cui il compratore ha dritto di differire il pagamento, è quello in cui pende tuttora il termine entro il quale i creditori ipotecarj, o la moglie o i minori possono accendere iscrizioni ipotecarie. Ancorchè non gli fosse stato concesso alcun termine al pagamento, avrebbe dritto di soprassedere fino alla comparsa di tali iscrizioni, diversamente pagherebbe a rischio di soffrir l'evizione.

Nondimeno il compratore non potrà dilazionare a piacer suo l'adempimento delle formalità per l'assegnazione di un termine ai creditori ad aver preso iscrizione. Rimanendo nell'inazione, il venditore potrà intimarlo a fare le diligenze necessarie per costringere le ipoteche a dichiararsi.

Ma tralasciamo per un istante i casi particolari. Eleviamoci prima di tutto al principio generale, scritto nell'art. 1653, ed a tenore del quale il compratore può ritenere il prezzo quando è molestato, o ha giusto motivo per temere di esserlo in sequela o di un' azione ipotecaria, o di una vendicatoria. Quest' articolo fu ricavato da Domat, il quale disse: « Se il compratore discuopre prima « del pagamento *il pericolo* dell'evi« zione, e lo dimostra, non potrà « essere obbligato a pagare il prez« zo, quando prima non si provveg« ga alla sua sicurezza (1). »

Domat non fece che tradurre il concetto di Papiniano (2).

« Ante pretium solutum domi« nii quæstione mota, pretium em« ptor solvere non cogetur; nisi fi« dejussores idonei a venditore ejus « evictionis offerantur. »

609. In dritto Romano, del pari che nell' antico dritto Francese, il venditore non era tenuto a rendere il compratore proprietario della cosa; doveva solamente assicurargliene il possesso libero e pacifico.

Ma è chiaro che il venditore non adempiva a quest' obbligo, allorchè il compratore era molestato da un' azione qualunque, il di cui scopo era di porre in quistione il dritto in lui trasferito.

Così per esempio, un erede vende il patrimonio lasciatogli da un suo parente defunto; un terzo dà di falsità al testamento, e rivendica contro il compratore i beni componenti l' eredità. Scevola decide, che il venditore il quale reclama il prezzo in tali circostanze, deve respingersi con l' eccezione del dolo (3).

Ma è da rimarcarsi che nei principj dell' antica giurisprudenza da noi già esposti (4), era d' uopo che il compratore fosse molestato, *dominii quæstione mota*, etc. Pothier riferisce sul detto di Soefve, un giudicato del 5 Agosto 1669, il quale decide, che finchè il compratore non soffre veruna molestia, non ha dritto a ricusare il prezzo, e chiedere cauzione (5).

Il Codice civile ha dovuto adottare dei principj più larghi e più favorevoli al compratore. Perocchè, come altrove ho dimostrato, considera la vendita qual contratto traslativo di proprietà; agli occhi suoi il dritto del compratore è assai più assoluto

(1) Lib. 1, t. 2, sez. 3, n. 11.
(2) L. 18, § 1, D. *De peric. et com. rei vendita*.
(3) L. 17, § 2, Dig. *De act. empt.*
(4) *Supra*, n. 4.

(5) *Vente*, n. 283. Lo insegna pure Brunemann assai positivamente sopra la legge 17, § 1, D. *De peric. et comd.*

che non lo era per lo innanzi, e si sdegna assai vivamente delle menome violazioni.

Quindi l' art. 1653, per prevenire tutte le difficoltà, ha creduto dovere aggiungere che il compratore è autorizzato a sospendere il pagamento del prezzo, non solo quando viene molestato da un'azione vendicatoria, o da un' azione ipotecaria, ma anche quando ha *giusto motivo* di esserlo. Non si trova una locuzione tanto comprensiva nelle leggi Romane, nè in alcuno degli autori che hanno scritto avanti il Codice civile. Attribuisco all' influenza dell' art. 1583, siffatta scrupolosa previdenza del nostro articolo.

610. Spetta ai tribunali stabilire se vi sia questo motivo di timore per parte del compratore. Essi dovranno respingere i pretesti mendicati, posti in opra come mezzi dilatorj (1).

La fonte la più comune di timore legittimo d' evizione, è l'esistenza d' inscrizioni sull' immobile comprato. L' ipoteca si risolve in una esecuzione immobiliare che il terzo detentore non può prevenire se non che con l' offerta di pagare il prezzo ai creditori inscritti (art. 2169 e 2183 del Codice civile). Esso dunque vien minacciato dalla perdita della cosa, se l' azione ipotecaria lo costringe al rilascio (artic. 2172), o del prezzo, se si decide a pagare per operare la purgazione (2). È questo dunque il vero caso di sospendere qualunque pagamento al venditore. La prudenza più volgare ne fa un dovere. Se nondimeno l' acquirente avesse comprato *a suo risico e pericolo*, non avrebbe alcun pretesto per differire il pagamento.

Sarebbe lo stesso se avesse comprato *coll' onere delle ipoteche esistenti*? Non lo credo, o almeno mi sembra che l' acquirente non sarebbe tenuto a pagare che ai creditori inscritti, i quali si reputerebbe che si fosse obbligato a porre fuori d' interesse; ma non posso essere di parere che tal clausula sia tanto rigorosa da costringerlo a sborsare il prezzo al venditore, salvo ad essere poscia esposto a tutti i risici dell'azione ipotecaria.

Se le ipoteche sono state manifestate al compratore, senza che per altro sieno state espressamente a lui accollate, è tenuto a pagare ai creditori possessori di tali iscrizioni. È da supporsi che simile dichiarazione sia stata fatta al compratore onde agevolargli la via della purgazione, che è stata idea comune di vedergli operare, giacchè tal misura è stata favorevole ad ambe le parti.

In qualunque altro caso, il compratore sorpreso da ipoteche non dichiarate, può profittare del benefizio dell' articolo 1653, e ritenere il prezzo finchè il venditore non abbia eli-

(1) Giudicati che hanno statuito sopra dei motivi di timore. 1° Pericolo proveniente dall' avere alcuni eeredi venduto la parte del loro coerede assente. Cassazione, 24 Marzo 1829 (Dal., 29, 1, 193). 2° Se le iscrizioni sono perente, non vi è più pericolo. Parigi 5 Giugno 1826 (Dal., 27, 2, 191). Ma è da osservarsi, che sovente la perenzione dell' iscrizione non impedisce sussista il dritto d' ipoteca, cioè le cause dell' evizione. 3° Decisione di Parigi del 25 Marzo 1831 (Dal., 31, 2, 138), sulla quistione se la circostanze della conclusione della vendita dell' immobile spettante ad un minore senza il tutore surrogato sia causa d' evizione. Questa decisione deve riceversi con precauzione.

(2) Può anco, in caso di rincaro, perdere la cosa. Sotto tutti questi rapporti è autorizzato alla retenzione del prezzo (V. il mio comento sopra le Ipot., t. 4, p. 943).

minato la causa delle molestie. Può rincrescergli d' impegnarsi spontaneamente nella procedura della purgazione, e di provocare i creditori ad un rincaro tale da espropriarlo. Può piacergli di lasciare al venditore medesimo il pensiero di liberarsi verso i proprj creditori, e non ha alcun obbligo di esibirsi in qualche modo per suo mandatario officioso (1). E quindi benissimo si espresse la corte di Grenoble in un giudicato del 4 Aprile 1827 (2): « Attesochè niun acquirente è tenuto a « sborsare il prezzo della vendita, « qualora esistano iscrizioni sugl'im- « mobili venduti, eccetto il caso di « stipulazione contraria. » L'acquirente il quale ritrova iscrizioni non manifestate, non è dunque tenuto a pagare finchè il venditore non le ha fatte radiare.

611. Ma esimendosi dal pagare il prezzo, l' acquirente non cessa per questo di essere obbligato al pagamento degl' interessi (3). Continua a possedere la cosa; trae dalla vendita un profitto, non può dunque privare il venditore degl' interessi a'quali ha dritto; la legge ha voluto semplicemente dare all' acquirente i mezzi di provvedere alla sua sicurezza con la retensione del prezzo, ma non ha voluto che fosse per lui un'occasione di locupletarsi a danno del venditore. Il compratore dunque non può impedire la decorrenza degl' interessi se non che facendo il deposito del prezzo.

612. Si è ventilata la quistione se le molestie limitandosi ad una parte estremamente minima della cosa, il compratore abbia dritto di recusare il pagamento.

Siffatta quistione elevata avanti la corte di Bordeaux, si dileguò in presenza di fatti nuovi, i quali avendo remosso le molestie, tolsero a questa causa tutto il di lei interesse (4).

Ma avrebbe dovuto risolversi con un argomento ricavato dall'art. 1637 del Codice civile. Il compratore è in dritto di ritenere una porzione del prezzo equivalente al valore della particella soggetta all' evizione (5).

613. Una quistione più importante e più grave è quella tendente a determinare se il compratore minacciato di molestie possa chiedere la resoluzione della vendita, invece di attenersi all' espediente della retensione del prezzo.

La corte di Bourges sembra avere inclinato alla non-resoluzione nei considerandi d' un giudicato del 21 Dicembre 1825 (6). Ma tutti sanno quanto si debba stare in guardia contro queste enunciazioni di principj sparse nei giudicati senza una necessità assoluta per la causa.

Opino adunque, che l'art. 1653, non toglie al compratore il dritto di chiedere la nullità della vendita. Infatti, a tenore dell' art. 1581, il compratore deve investirsi della proprietà; a tenore dell' art. 1604, la cosa deve trasferirsi in suo possesso e potere. Niuna di queste condizioni

(1) V. su tutto ciò il mio comento sopra le Ipot., t. 4, n. 926, 929, etc.

(2) Dal., 27, 2, 196.

(3) Decisione della corte di Riom del 2 Gennajo 1830 (Dal., 32, 2, 160). Bordeaux, 17 Febbrajo 1812 (Sirey, 12, 2, 391). Lo insegna anco Brunemanno, sopra la legge 18, § 1, *De per. et comd.*

(4) Decisione del 28 Giugno 1831 (Dalloz, 31, 2, 170).

(5) Arg. da ciò che insegna Brunemanno, *loc. cit.*, n. 6.

(6) Dal., 27, 2, 122. Dalloz riferisce per la seconda volta questa sentenza, 33, 2, 148.

viene adempita se il compratore non ha che una proprietà incerta, ed un possesso equivoco e minacciato; non vi è mezzo di eludere l'artic. 1184 del Codice civile, il quale dispone che il contratto sarà sciolto se una delle parti non adempie l'obbligo suo; e d'altronde se si evitasse il di lui disposto, si ricadrebbe sotto quello dell'art. 1599, il quale vieta la vendita della cosa altrui, e non è meno favorevole al compratore (1).

Si contrappone l'ultimo membro del nostro articolo, a forma del quale il venditore può esigere il prezzo offrendo cauzione di far cessare le molestie (2). Ma tale circostanza anzichè invalidare la nostra soluzione, non fa che confermarla. Quando il venditore dà cauzione, tutto porta a credere che la molestia inferita al godimento del compratore sia priva d'importanza, che la cosa venduta non sia d'altrui, e che il venditore abbia mezzi sufficienti di far cessare le turbative che soffre il compratore. Questo caso è tanto favorevole, che non si doveva rischiare di rompere ciecamente una vendita valida secondo tutte le apparenze. Ma se non si verifica, si esce dall'eccezione da esso introdotta, ed il compratore molestato rientra nel libero esercizio dei mezzi più atti a guarentire i suoi dritti (3).

614. Ci rimane ad osservare, prima di terminare sul dritto del compratore a ritenere il prezzo, che se ne trarrebbe una conclusione falsissima, se si pretendesse che il compratore il quale dopo sborsato il prezzo si trova in pericolo d'evizione, potesse obbligare il venditore a restituirglielo. Ascoltisi il giureconsulto Ermogeniano: « Mota quæstione, in« terim non ad pretium restituen« dum, sed ad rem defendendam, « venditor conveniri potest (4). » Finchè il compratore, il quale ha pagato, non viene spogliato con un fatto d'evizione consumato, tutta la sua azione si limita ad obbligare il venditore alla rilevazione. Allora soltanto che lo spoglio è consumato, si fa luogo alle repetizioni, di cui abbiamo parlato illustrando l'articolo 1630 (5). Questa teoria è savissima: non si deve correre all'annullamento d'una contrattazione, che forse gli sforzi del venditore giungeranno a mantenere; ed è visibile che non passa veruna analogia fra il caso in cui il compratore ritiene il prezzo in mano propria a titolo di cautela, e quello in cui vuol costringere il venditore a restituirglielo. Fra un dritto di retensione, ed un dritto di repetizione, intercede tutta la distanza che passa fra lo *statu quo* e la distruzione.

Si domanda a tal proposito se il compratore, il quale ha depositato il prezzo affichè i creditori ipotecarj fra loro se lo dividano, può ritirare la somma deposita, se ha giusto motivo di temere un'evizione.

Simil quistione fu risoluta affermativamente da una decisione della

(1) *Supra*, n. 239. *Junge*, Duranton, t. 16, n. 178.

(2) Noi andiamo a vederla in breve, n. 617.

(3) Duranton, t. 10, p. 458, spiega in un modo diverso l'art. 1653; ma mi sembra che la sua interpetrazione sia priva di base. Egli fa un giuoco sul vocabolo *molestato*, che non considera qui come sinonimo di *evitto*, senza por mente alla legge 17, § 1, Dig. *De peric. et com. rei venditæ*, la quale contiene il principio di quest'articolo, e che dice *fidejussores idonei ejus evictionis*.

(4) L. 74, § 2, Dig. *De evict.*

(5) Pothier, n. 283. Bruemann (sopra la legge 17, § 1, D. *De peric. et com.*), di cui cito le parola, p. 425.

corte di Metz del 25 Giugno 1833, la quale non è stata inserita in veruna collezione, ma che mi è personalmente nota.

Il 31 Ottobre, e il 12 Dicembre 1830, vendita all'incanto avanti notaro di varj immobili di pertinenza dei conjugi Paupard di Neuflize. Bacot, acquirente del primo e del secondo lotto, fa trascrivere il suo contratto, lo notifica ai creditori inscritti, e deposita il prezzo. Il tribunale di Sédan con sentenza del 27 Aprile 1831 dichiara valido il deposito, ed ordina la radiazione delle iscrizioni.

Si apre la graduazione. Ma ponendo in luce delle differenti pretese, essa informa Bacot che la madre di Poupard di Neuflize ha sopra i due lotti ad esso liberati un privilegio di venditrice, che può motivare la rescissione del contratto d'acquisto. Egli perciò comparisce, e si oppone alla graduatoria finchè non siasi decretata la cessazione delle molestie. In qualsivoglia caso fa istanza di essere autorizzato a ritenere la somma depositata, a forma dell'artic. 1653 del Codice civile, qualora i creditori inscritti non diano cauzione. I creditori vi si oppongono.

In tale stato di cose interviene il giudicato in discorso. Eccone la motivazione:

« Considerando che il prezzo di « un immobile depositato dall'acqui« rente, anche in forza d'una sen« tenza passata in stato di cosa giu« dicata, finchè il detto prezzo esi« ste in natura nella cassa dei depo« siti, rappresenta l'immobile ven« duto, sul di cui ricavato pende il « giudizio d'ordine, e che l'acqui« rente conserva sopra esso prezzo, « alla pari dei creditori ipotecarj in« scritti, un dritto di sorveglianza e « di ipoteca, simile a quello che gli « spetterebbe sull'immobile istesso; « che ha dritto quando soffre una « evizione o quando corre pericolo « di restare evitto, d'intervenire nel « giudizio d'ordine, e di opporsi al« la distribuzione del prezzo, come « avrebbe dritto di sospenderne il « pagamento, se non lo avesse ef« fettuato;

« Considerando che simile facoltà « è la stessa, sia che il pericolo non « esistesse all'epoca della vendita, « sia solamente che non fosse noto, « qualora non fosse stato l'oggetto « di una promessa di pagare ne'mo« di pattuiti, ancorchè il venditore « non avesse fatto precedentemente « cessare le molestie (1). »

Credo che non mi sarà malagevole dimostrare che siffatto giudicato non è che una di quelle deplorabili aberrazioni, cui soggiace la giurisprudenza, quando ascolta una vana equità anzichè i principj.

Io lo diceva, non ha guari, col testo della legge Romana: il compratore che sborsò il prezzo non può ripeterlo sotto pretesto d'un pericolo d'evizione anco imminente, e gli interpetri delle Pandette hanno con parole piene d'energia insistito su questo punto. Mi contenterò del seguente passo di Brunemanno: *Sed quid si post solutionem pretii*, EVICTIO IMMINEAT? *Resp. nullum superest remedium talis extorquendæ fideijussionis* (2).

Ammesso tal principio, seguia-

(1) Quest'ultimo considerando allude ad un argomento dei creditori, consistente nel dire che il pericolo dell'evizione era noto all'epoca della vendita.

(2) Sopra la legge 18, § 1, Dig. *De peric. et com.*, n. 5.

mone le conseguenze, e supponiamo primieramente che i creditori inscritti siensi divisi il prezzo. Non credo che la corte di Metz possa negare di ammettere che tutti i pericoli del mondo non abiliteranno il compratore a richiedere ad essi la restituzione del prezzo. Potrebbesi anco sostenere che il compratore ancorchè avesse sofferto uno spoglio completo, non avrebbe azione contro i creditori ipotecarj, a' quali ha offerto il loro avere, e che lo hanno.ricevuto: *suum receperunt*. Non avrebbe regresso che contro il suo venditore; poichè il pagamento sarebbe stato susseguito dalla radiazione delle inscrizioni, e quindi vi sarebbe estinzione del titolo in virtù dol pagamento (1). La posizione dei creditori sarebbe stata cambiata per il fatto spontaneo del compratore, e l' art. 1377 osta in tal caso a qualunque ripetizione. Quanto a più forte ragione vi osta, allorchè il compratore non ha peranche sofferto l' evizione, ed ha soltanto delle semplici inquietudini?

Ebbene, qual differenza passa fra il deposito ed il pagamento? Niuna. Il deposito è un vero pagamento (articolo 1257). Pone la cosa a rischio del creditore, ed il debitore si libera. Se la somma perisse, perirebbe a carico del creditore. Chi ha pagato non ha sovr' essa veruna specie di dritto.

Quando si fa il deposito in sequela di una procedura di purgazione, cos' accade fra il compratore ed i creditori? Il compratore s' indirizza ai creditori, ed offre ad essi di sdebitarsi in mano loro. Se dessi non promuovono il rincaro, accettano con ciò la somma ad essi offerta. Quindi vi ha un quasi contratto che vincola le parti. I creditori si contentano del prezzo nella somma in cui fu stabilito, ed acconsentono a riceverlo per conto del loro debitore. Il deposito è un pagamento reale, effettivo, fatto alla massa. Se i creditori avessero voluto intendersi, il giudizio d'ordine non sarebbe stato necessario. Ciascun creditore avrebbe percetto le frazioni dell' intiera somma, e tutto sarebbe stato consumato. Ma siccome i gradi non erano determinati, e la graduazione rendevasi necessaria, l' acquirente il quale non voleva attenderne l' esito, ha pagato. E tosto l' immobile è stato svincolato, le inscrizioni radiate, ed il dritto di ciascheduna di esse si è trasferito sul prezzo. Tal prezzo è divenuto proprietà della massa, salvo il reparto. Vi è stato pagamento, cioè alienazione per parte del compratore, il quale nulla più deve, neppure gl' interessi (2), e che ha ricevuto la sua quetanza (3). Certo sarebbe contrario ad ogni nozione del credito, che i creditori, i quali sono stati sollecitati a ricevere il loro avere, e che ritirandolo hanno usato del loro dritto, ne fossero provvisoriamente spogliati, allorchè la loro ipoteca è stata estinta, ed i loro titoli soppressi. Il compratore che possedesse tuttora l' immobile, e che non avesse azione contro il suo venditore, potrebbe molestare dei terzi di buona fede, e prevenire con dimande precoci gli effetti d' una evizione, che forse non avrà mai luogo!! Nò, senza dubbio! il compratore deve attendere lo spoglio per reclamare, ed

(1) *Supra*, n. 498.

(2) V. a questo proposito il mio comento sopra le Ipoteche, t. 4, n. 958 *ter.*, e seg.

(3) Idem, p. 247, n. 960.

in tal caso gli spetta l'azione personale contro i creditori, mentre più non si realizza il paragrafo ultimo dell' art. 1377.

La corte di Metz pretende, che il prezzo, versato in natura alla cassa dei depositi, rappresenti l'immobile. Questa proposizione è vera riguardo ai creditori inscritti, i dritti dei quali sopra la cosa sonosi per ministero di legge riportati sul prezzo, secondo l' ordine delle inscrizioni. Questo è un effetto speciale attribuito all'ipoteca, onde conservare i gradi di prelazione. Ma è falsa rapporto all'acquirente, ed è contraria a tutti i principj della surroga (1).

La corte di Metz è costretta ad attribuire all' acquirente un dritto di IPOTECA sul prezzo, onde invigilare alla sua conservazione. Ma questa teoria è assai singolare. Un dritto di prelazione si concepisce, ma un dritto d'ipoteca!! Non si sovverte così il nostro principio Francese: *I mobili non hanno ipoteca?* E poi, su che si fonda tal dritto? Sopra il patto? E quale? Sopra la legge? Citatela. È evidente che il dritto preteso dal compratore non potrebbe eventualmente sodisfarsi sul prezzo se non che mediante sequestro; ed inoltre non potrebbe il sequestro effettuarsi finchè l'evizione non avesse aperto il dritto di repetizione a pro' del compratore.

Infine la corte di Metz parifica l' acquirente ai creditori inscritti, poichè accumula le supposizioni meno naturali per dar sostegno al suo sistema. Ma quale analogia passa fra i creditori, la massa dei quali è proprietaria del prezzo, e il compratore che volontariamente se ne spogliò a loro vantaggio?

Insomma la decisione da me combattuta fu estorta ai magistrati dalla compassione destata da un caso assai favorevole, ma i suoi motivi sono contrarj ai veri principj, e non può meritare alcuna considerazione (2).

615. Veggiamo ora quali sono le circostanze che soccorrono il venditore per far cessare la resistenza del compratore al pagamento del prezzo.

La prima s' incontra, quando il contratto di vendita, che chiudeva in sè la causa della molestia o dell' evizione, è purgato dal venditore.

« Si rem quam mihi alienam ven-
« dideras, a domino redemerim, fal-
« sum esse quod Nerva respondisset,
« posse te a me pretium consequi ex
« vendito agentem, quasi habere mi-
« hi rem liceret, Celsus filius aiebat;
« quia nec bonæ fidei conveniret, et
« ego ex alia causa rem haberem (3). »

Questa decisione è fondata in dritto. Il compratore vuol mantenere il contratto di vendita; non ne chiede la nullità; soltanto ritiene il prezzo per conservare le sue cautele. Or bene, appena sparisce il vizio, onde la cosa era infetta, vi è duplice consenso per convalidare la vendita: consenso del compratore, consenso del

(1) *Supra*, n. 162.

(2) Si osservi, che io combatto soprattutto la teoria esposta nei considerandi. Altronde sarebbe possibile che si riscontrasse nelle circostanze della causa alcun fatto particolare a me ignoto, il quale potesse fare approvare la dispositiva. Ma, lo ripeto, la corte si è posta con i suoi motivi in opposizione ai suoi principj. Sento poi che in tale affare esiste un ricorso in cassazione affidato a M. Desclaux. Bramo che la corte suprema profitti di questa occasione per pronunciarsi con franchezza in tal quistione.

(3) Pomp., l. 29, Dig. *De evict.* Duranton condivide tale opinione, t. 10, p. 462, n. 439. Ma non cita questo testo decisivo di Pomponio. V. *supra*, n. 236, 237.

venditore. Dunque il prezzo dev' essere saldato.

Lo stesso avviene allorchè la vendita è ratificata da chi aveva dritto di attaccarla (1).

616. Il compratore non può neanco negare il prezzo, quando per convenzione si è obbligato a pagarlo nonostante la turbativa. (Art. 1653.)

617. Non può ricusarlo, se il venditore gli offre sufficiente cauzione. Abbiamo già veduto le espressioni di Papiniano, *nisi fidejussores idonei a venditore ejus evictionis offerantur* (2). La cauzione, se solida, equivale alla retensione del prezzo, la quale è una cautela destinata a far le veci della cauzione, quando il venditore non può darla. Cujacio dicevalo con parole piene di forza: « *Emptor extorquet satisdationem per retentionem pretii* (3). » Invertendo i termini di tal proposizione, può concludersi, che il compratore non ha uopo di ritenere il prezzo, se una cauzione lo garantisce da qualunque pericolo. Dovevasi aprire questa via al venditore, onde porre un termine alla resistenza del compratore, e condurre il contratto alla sua esecuzione. Allorchè il venditore ovvia a tutti i pericoli, e ne assicura il compratore, allorchè gli porge una certezza infallibile che i suoi danari non saranno perduti, non esistono più motivi per lasciare sospesa la contrattazione. Ogni affare deve avere la sua fine.

618. La cauzione deve equivalere all' ammontare del prezzo che il compratore esita a sborsare, ma non deve superarlo. Così giudicato dalla corte di cassazione il 22 Novembre 1826, in una specie che merita d'essere riferita (4).

Levavasseur acquista da Thibault varj immobili per il prezzo di 6,000 franchi pagati in contante, e per un censo di 1,400 lire. Levavasseur rivende una sola parte dei medesimi immobili per un censo di 300 lire. Dopo varie rivendite successive, queste porzioni d'immobili sono coattivamente vendute ed aggiudicate a Lafosse.

I rappresentanti di Levavasseur venditore, si fanno collocare per la somma di 5,808 fr., destinati ad assicurare il pagamento della rendita de' 300 franchi. Ma Lafosse ricusa di pagare fino alla radiazione delle ipoteche, le quali imposte da Thibault sull' immobile garantiscono la rendita di 1,400 lire ridotta a 938 fr. Gli eredi Levavasseur offrono cauzione; ma Lafosse la trova insufficiente, e vuole che ascenda almeno a 20,000 fr., somma necessaria per assicurare il pagamento della rendita di 938 fr.

Giudicato della corte di Rouen del 1° Febbrajo 1823, che accoglie le dimande di Lafosse.

Lafosse, dice il giudicato, può in ogni istante soffrir molestia per il servizio della rendita in caso di non pagamento; l'ipoteca è indivisibile, sussiste per la totalità del debito; gli eredi Levavasseur debbono dunque somministrare la prova che la rendita ha cessato di esistere, senza di che debbono lasciare accendere sopra i loro immobili una inscrizione sufficiente a garantire il pagamento della rendita di 938 fr.

Ricorso in cassazione. Gli eredi di Levavasseur sostengono che la corte

(1) *Supra*, n. 237.

(2) *Supra*, n. 608.

(3) Lib. 3, *Respons. Papin.*, l. 18, § 1, Dig. *De peric. et com.*

(4) Dal., 27, 1, 66.

di Rouen ha falsamente applicato l'articolo 1653 del Codice civile, giacchè non dovevano dar cauzione che fino alla concorrenza della somma che Lafosse loro sborsava, cioè fino alla concorrenza del prezzo pattuito nel contratto.

Dopo discussione contradittoria, decisione della sezione civile, che cassa il giudicato della corte di Rouen. Tal resultato era infallibile.

Lafosse aveva acquistato una porzione d'immobile meno considerabile di quella venduta in origine da Thibault, ed il prezzo da lui promesso era anco minore.

In tale stato di cose, supponiamo che gli eredi Levavasseur non avessero dato cauzione; tuttociò che avrebbe potuto pretendere Lafosse, finchè non si appigliava al partito estremo d'intentare la rescissione del contratto, era di ritenere in sua mano il prezzo a titolo di cautela. *Extorquere satisdationem per retentionem pretii.* Ma gli eredi Levavasseur avendo offerto cauzione, nel tempo stesso in cui reclamavano il prezzo dovuto al loro autore, surrogavano al prezzo la cauzione, ed in certo modo lo rimpiazzavano nelle mani del compratore. Come dunque avrebbe dovuto superarlo? Niuna cosa mi sembra più semplice e chiara del giuoco di tale combinazione organizzata dall' artic. 1653. Essa si basa intieramente sopra l'identità del prezzo e della cauzione, che si sustituisce alla ritenzione del prezzo in mano del compratore. Fa meraviglia, che la corte di Rouen non l'abbia compreso.

Cosa fa invece la corte di Rouen? Ad una ipotesi, nella quale il compratore ritiene la cosa in suo potere, sostituisce una ipotesi in cui il compratore ne viene spogliato; confonde il timore d' evizione non realizzata con una evizione consumata ed accompagnata dalla sequela de' danni ed interessi; trasforma l'obbligo personale della garanzia in un obbligo reale ed ipotecario di soccorrere al compratore; crea una costituzione d'ipoteca che non esiste e che la intenzione delle parti non ha voluta. Finalmente esige, che chi riceve una somma determinata, dia cauzione per una somma molto più forte, che non ha avuta, e che probabilmente non avrà mai. Ecco il resultato di questa strana confusione.

619. Siccome la facoltà concessa al venditore di esigere il prezzo mediante solida cauzione, si fonda nella presunzione ch'esso dileguerà la causa delle molestie, non vi ha più motivo di conservargliela, se il compratore medesimo si occupa di togliere ogni difficoltà, come avviene quando esso procede alla dimissione dei crediti ipotecarj posanti sull'immobile. La purgazione, come ognun sà, suppone che il compratore ritenga il prezzo per versarlo poscia in mano a' creditori inscritti. Tale operazione, interamente favorevole alla proprietà che ne è svincolata e consolidata, non può restar paralizzata dall' offerta che facesse il venditore di dar cauzione in conformità dell'articolo 1653; tale articolo è applicabile allora soltanto quando il compratore ritiene il prezzo, va in possesso del fondo senza purgarlo, e non cura i dritti dei terzi. Ma se il compratore usa dei mezzi che la legge gli accorda per svincolare la cosa comprata, il venditore non può dolersi delle precauzioni che sono tutte di suo interesse, e la di cui esecu-

zione è assai più sicura, quando se ne incarica il compratore. Qui si incontrano interessi, i quali prevalgono a quelli del venditore. L'articolo 2195 vieta all'acquirente di pagare in pregiudizio delle inscrizioni delle donne maritate, le quali hanno prelativa ipoteca. A tenore dell'articolo 2197, la sola esistenza delle inscrizioni, chiunque ne sia il possessore, costituisce una specie d'opposizione sul prezzo in mano del compratore. Il venditore trovasi perciò di gran lunga discacciato, e posposto ai creditori, che il compratore vuole e deve acquietare per assicurare il proprio riposo.

ARTICOLO 1654.

Se il compratore non paga il prezzo, il venditore può domandare che la vendita venga disciolta.

SOMMARIO.

620. Del dritto di resoluzione concesso al venditore, quando il compratore non paga il prezzo.
621. Antica giurisprudenza Romana e Francese in proposito. La clausola resolutoria è un imbarazzo nel sistema ipotecario.
622. La clausola resolutiva non dee confondersi col patto commissorio dei Romani.
623. Nè col riacquisto della cosa mediante rivendicazione.
624. L'azione rescissoria è personale, *in rem scripta*. Significato di tal qualifica. Inavvertenza del professore Duranton.
625. Tale azione è mista.
626. Obbietti di antichi scrittori.
627. Obbietti di moderni scrittori, per esempio, di Berriat, il quale riproduce l'opinione di Albarico. Confutazione.
628. Altro sistema di Poncet.
629. Dimostrazione degli errori ch'esso racchiude.
630. Altra dottrina di Carré. Confutazione.
631. Quistioni di competenza, le quali si risolvono con la regola, che l'azione resolutoria è mista.
632. Il venditore può trascurare tutti gli acquirenti immediati, e dirigersi contro l'ultimo detentore?
633. *Prima distinzione*. Se i terzi sono stati incaricati di pagare il prezzo al venditore, egli può azionarli *omisso medio*.
634. *Seconda distinzione*. Se i terzi non hanno alcuna obbligazione personale, non si può agire contr'essi *omisso medio*. Disparere con Duranton.
635. Conclusione. Tribunale competente.
636. *Quid*, se l'azione è diretta contro i terzi soltanto?
637. Forme di procedura più spedita e più economica.
638. Divisibilità dell'azione resolutoria.
639. Seguito, e spiegazione.
640. Seguito.
641. Se la cosa fu rivenduta in dettaglio, il venditore può esercitare la resoluzione parziale.
642. Per quanto sia piccola la porzione di prezzo dovuta, il venditore può chiedere la resoluzione per la totalità.
643. Il dritto di resoluzione è cedibile.
644. Il dritto di resoluzione non può invocarsi dal compratore contro il venditore.
645. Qualunque vendita è soggetta alla clausola resolutoria. Disparere con Delvincourt.
646. Quali circostanze diano origine al dritto di resoluzione.
647. Se il prezzo consiste in una rendita vitalizia, la mancanza di pagamento dell'arretrato autorizza la resoluzione?
648. È d'uopo nondimeno calcolare le circostanze di fatto, le quali possono modificare tal regola.
649. *Quid*, se il prezzo è una rendita costituita. Difficoltà esaminate. Disparere con Duranton.
650. In qual modo opera la resoluzione. Suoi effetti.
651. Essa ripone le parti nello stato in cui trovaronsi prima della vendita. Le ipoteche sono annullate, ma non la locazione contratta in buona fede.
652. Il compratore deve restituire i frutti, il venditore il prezzo e gl'interessi. Osservazioni su quest'ultimo particolare.
653. Giudicata viziosa della corte di Lione, che costringe l'acquirente a ritenere i frutti ed a pagare gl'interessi del prezzo, invece di restituire i frutti, e farsi rimborsare gl'interessi.
654. Effetto della resoluzione rapporto ai dritti di traslazione.

655. Eccezioni contro l'azione rescissoria. 1° Della denunzia.
656. Finchè le cose accadono fra compratore e venditore, le premure del venditore per farsi pagare non possono opporglisi come eccezioni perentorie.
657. Se porzione della cosa fu dettagliatamente rivenduta, ed il venditore non vuol dirigersi contro il terzo possessore, non ne deriva eccezione perentoria.
658. Il venditore creditore del prezzo, il quale compra l'immobile, e ne vien poscia evitto, non ha renunziato mediante la sua compra all'azione rescissoria.
659. Allorchè il venditore sta a fronte dei terzi possessori, la sua comparsa nel giudizio d'ordine per ottenere pagamento, costituisce una renunzia alla clausola resolutoria.
660. Non sarebbe così se non comparisse nel giudizio d'ordine.
661. Altre circostanze, onde resulta l'eccezione. Relazione erronea della specie di una decisione nella raccolta di Dalloz.
662. 2° Della prescrizione come eccezione perentoria contro l'azione rescissoria.

COMENTO.

620. L'art. 1654 che ci accingiamo ad analizzare, è d'un'estrema importanza. Alle garanzie date al venditore nel titolo *dei privilegj*, e delle quali parlammo al n. 593, aggiunge la facoltà di rescindere il contratto, malgrado le traslazioni di cui l'immobile fosse stato il subietto, malgrado le ipoteche che vi fossero state infisse, malgrado l'aggiudicazione in sequela di vendita coatta, malgrado finalmente la distribuzione del prezzo fra i creditori, i quali fidando nella cautela loro stata offerta dal credito particolare, si sono fra loro diviso in buona fede il suo valore!! Ho dimostrato nel mio comento sopra il titolo *dei privilegj ed ipoteche*, e nella prefazione del primo volume (1), in qual guisa il dritto di resoluzione ponga in pericolo la sicurezza dei sovventori e dei compratori, e per qual motivo sia una molla che il legislatore non ha saputo adattare alla macchina ipotecaria.

621. I dettagli che io profusi nella citata opera (2) intorno la teoria dello scioglimento della vendita pel dritto Romano e l'antica giurisprudenza, mi permetteranno d'esser qui breve.

I giureconsulti Romani avevano concepito il sistema della vendita con principj meno favorevoli dei nostri ai dritti del venditore, ma più atti pei loro resultati a servir di leva al credito particolare. Non è già ch'io pensi, che i giureconsulti Romani siensi minimamente studiati *a priori* di sviluppare, mediante le combinazioni della giurisprudenza, il credito particolare. Tale elemento della pubblica prosperità è peranco affatto nuovo in dritto, ed appena comincia ad occuparvi un posto. Ma in sostanza, senza calcolo nè premeditazione, i giureconsulti Romani avevano toccato una teoria, la quale escirà un dì dall'abbandono cui l'hanno lasciata i costumi moderni, per animare dei piani di riforma diretti allo scopo di dotare il credito particolare di maggior solidità e garanzia.

A tenore delle leggi Romane, l'acquirente non diveniva proprietario della cosa, se non che mediante il pagamento del prezzo (3). Finchè il prezzo non era saldato, la cosa, benchè consegnata, continuava in qualche

(1) Prefaz., e n. 222 e seg.
(2) T. 1, n. 190.
(3) L. 19, Dig. *De cont. empt.* Inst., § 41, *De rer. divis.* Mio comento sopra le Ipoteche, t. 1, n. 188, p. 277.

guisa ad appartenere al venditore (1). Non così accadeva, se il venditore faceva credito al compratore, e seguiva la sua fede (2); allora la cosa spettava a quest'ultimo in tutta proprietà; ed una volta lasciata al movimento della circolazione per consenso del venditore (3), questi non poteva riprenderla nè per dritto di rivendicazione, nè con l'azione rescissoria (4). Il venditore non aveva che un' *azione personale* per conseguire il pagamento, qualora bensì non si fosse espressamente riservato il dritto d'intentare la resoluzione (5).

Tali principj dominarono per lungo tempo nell'antica giurisprudenza Francese, chè anzi formarono la legge di varj paesi di dritto scritto fino alla promulgazione del Codice civile (6). Si teneva in essi per fermo, che il venditore non pagato, non poteva riprendere la cosa sua, abbenchè nel contratto vi fosse una clausola espressa di *riserva di dominio*, ovvero che il compratore non possedesse che a titolo di precario fino a completo pagamento, poichè tal clausola non consideravasi che come equipollente ad una costituzione d'ipoteca speciale e privilegiata (7).

Ma nei paesi statutarj altre idee prevalsero. La giurisprudenza dei parlamenti derogò alle regole di dritto Romano, e la clausola resolutoria per mancanza del pagamento del prezzo fu sottintesa in tutti i contratti di vendita (8). Si estese a tutti i contratti nominati una regola d'equità, che i Romani avevano limitata ai contratti innominati (9), a norma della quale chi dava una cosa per riceverne un'altra che non riceveva, aveva un' azione personale per repetere la cosa consegnata. Cancellando sottigliezze, e astruserie contrarie alla semplicità dei nostri costumi, la giurisprudenza sottopose tutti i contratti ad una stessa legge; tutti doverono soggiacere all'impero della buona fede. Questa rivoluzione onora sotto certi rapporti lo spirito di rettitudine e d' equità della giurisprudenza Francese; ma non cessa per questo d'esser vero, che volendo aver riguardo a'dritti dei terzi, ed alla pubblicità del sistema ipotecario, la clausola resolutoria, che più estesa della

(1) Dico *in qualche guisa*. Infatti la cosa apparteneva al compratore in questo senso, che periva a suo carico; perchè non sarebbe stato giusto, che la morosità del compratore a pagare il prezzo avesse fatto ricadere la perdita sul venditore. Gratian., *Discept. forens.*, t. 3, discept. 523, n. 1, 2, 3, e Zanchio, *De prælat. credit.*, exercit. 1, n. 37 fino a 41.

(2) Significato di tali parole. Mio comento sopra le Ipoteche, t. 1, n. 189, p. 278, e n. 184, p. 272.

(3) Tuttavia il moto della circolazione era assai meno rapido che oggidì!!

(4) L. 8, C. *De cont. empt.* L. 14, C. *De rescind. vendit.* Mio comento sopra le Ipoteche, t. 1, n. 190, p. 281.

(5) L. 8, C. *De cont. empt.* Ducaurroy, t. 3, p. 140, n. 1043. Mio comento sopra le Ipot., *loc. cit.*

(6) Montpellier, 7 Febbrajo 1828 (Dal., 28, 2, 234). Cassazione, 4 Marzo 1828 (Dal., 28, 1, 161).

(7) Despeisses e autorità da lui citate, t. 1, p. 48, n. 19. D'Olive, lib. 2, cap. 17. Automne, sopra la legge *Quod vendidi*, Dig. *De cont. empt.* Decisione del parlamento di Bordeaux de' 6 Luglio 1589. V. il mio comento sopra le Ipoteche, t. 1, n. 191, e 181, p. 269.

(8) Pothier, *Vente*, n. 476.

(9) La clausola resolutoria, o per dir meglio, la resoluzione per via di condizione, aveva luogo nei contratti innominati. Donello espone questa teoria con tanta precisione, che merita d'esser riferita.

« Quod ob causam datum est, causa non secuta, « repeti et condici potest (l. 1, Dig. *De condict. ob « caus. dat.*)....Quod si res tradita sit ex eo con- « tractu *qui proprium nomen habet*, cessat repetitio.... « Ergo si ex emptionis causa tibi stichum dem et « mihi 10 des, nulla est dati repetitio, quoniam em- « ptio et venditio proprium nomen est contractus. Dif- « ferentiæ ratio inter contractus innominatos et con- « tractus qui nomen habent, in hanc repetitionem rei

condizione de' Romani, produce un dritto di ipoteca, è un imbarazzo, contro il quale il Codice civile invano si è dibattuto.

622. Non si creda però, che la clausola resolutoria sottintesa nei nostri contratti sinallagmatici, sia identica al patto commissorio che i Romani assai spesso inserivano nei loro contratti di vendita, per riprendere la cosa venduta in caso di non pagamento.

Il patto commissorio dei Romani è quello, in virtù del quale la cosa restava *inempta*, per difetto di pagamento all' epoca convenuta, e di pieno dritto ritornava al venditore. La vendita consideravasi come non avvenuta. Il venditore poteva riprendere la cosa come sua, in virtù dell' azione vendicatoria (1).

Ma giammai la clausola resolutoria sottintesa in un contratto ha avuto la forza di produrre un tale effetto, non è stata mai che un patto commissorio imperfetto (2), operativo in modo obliquo, e per ministero del giudice. Ho già spiegato questa verità (n. 61).

Tal distinzione è importante. Veggansi le gravi conseguenze che ne ho dedotte nel mio *Comento sopra le Ipoteche* (3).

623. Non deve confondersi neppure l' azione resolutoria con la vendicatoria, che le leggi Romane accordavano al venditore non pagato, e che le nostre leggi gli hanno in certi casi assicurata. Ho rilevato la differenza di queste due azioni nel mio *Comento sopra le Ipoteche* (4).

624. L'azione resolutoria, concessa al venditore dal nostro articolo, è personale (5). Segue la persona del compratore, *ejusque personæ adhæret ut lepra cuti*. La tiene a sè vincolata, ancorchè sia passata in altre mani, e si trasmette a' suoi eredi. Derivando da un contratto, s' indirizza alla persona che stipulò col venditore, e consuma la distruzione di questo vincolo di dritto (6).

Nondimeno, secondo la dottrina di quasi tutti gl' interpetri del patto commissorio espresso, e dei nostri antichi scrittori, non è pura personale, ma è della classe di quelle azioni denominate, *personales in rem scriptæ*, le quali principalmente, e per indole loro sono personali, ma

« ob causam datæ, non est nominibus contractuum, « ne erremus. Nam nomina contractuum de re nihil « mutant .... Sed differentiæ ratio in re est. Est autem hæc certa quod in conventionibus, quæ in pro- « prium nomen contractus non transeunt, is qui rem « dat, ut etiam accipiat, veluti in permutatione, non « obligatur. Nam ante rem traditam non obligatur, « etiamsi convenisset ut daret: proinde nec obligabi- « tur, si rem dederit, quoniam etiamsi prius obli- « gatus esset, ea traditione liberatur. Proinde nulla « obligatio ei obstat, quo minus traditum recte re- « petat, et ob causam datum, causa non secuta.... « At in emptione et venditione, similibusque contra- « ctibus qui in proprium nomen transeunt, obligatio « contrahitur ex ipsa conventione; unde dicitur obli- « gatio contrahi solo consensu. Hinc fit ut emptor « etiam re vendita, non sibi tradita, ultro actionem « ad rem venditam petendam, nempe ex empto. Quod « si actionem habet, re nondum tradita, multo ma- « gis re tradita habebit exceptionem ad eam rem re- « tinendam, juxta regulam juris, *cui damus actionem*, « *eidem multo magis exceptionem competere.* » Sopra la leg. 8, C. *De cont. empt.*, t. 8, p. 755. V. pure sopra la leg. 6, C. *De act. empt. et vendit.*

(1) Pothier, *Vente*, n. 462. Mio comento sopra le Ipoteche, t. 1, p. 334 e 335, n. 224 *bis*.

(2) Mio comento sopra le Ipot., *loc. cit.*

(3) T. 1, p. 334, n. 224 *(bis)*.

(4) T. 1, n. 193, p. 284.

(5) *Loc. cit.*, p. 285.

(6) V. *infra*, n. 805, uno squarcio del presidente Fabro, onde risulta, che l' azione per lo *scioglimento* d' un contratto ha la stessa indole dell' azione per l' *esecuzione* d' un contratto, a tenore della regola: *Eadem ratio est contractus et distractus.*

partecipano dell'azione reale per certi loro particolari effetti. Nascono da un'obbligazione personale, ma conchiudono a una domanda reale; cumulano in sè un'azione personale ed una reale, e l'azione personale è in esse il preludio della vendicazione. *Hanc*, dice Cujacio, *rei vindicatio habet velut præcursoriam et emissoriam actionem* (1). A modo d'esempio, quando s'intenta lo scioglimento contro l'acquirente, l'attore in primo luogo conclude allo scioglimento del contratto, e questa è la parte porsonale della sua domanda; poscia conclude a che il compratore rilasci la cosa, per la ragione che ottenuto lo scioglimento, è proprietario della cosa; *nec ab eo dominium recessisse intelligitur*, dice ancora Cujacio (2), e questa parte della sua domanda è reale. Si fonda sul dritto di proprietà; emana dal proprietario contro chi possiede l'immobile senza causa. Era mestieri, prima di tutto, valersi dell'azione personale, come d'un mezzo per farsi liberare. Ma questo passaggio a traverso l'azione personale, contuttochè indispensabile, non era però che un mezzo preliminare per conseguire la rivendicazione della cosa, lo che forma lo scopo della lite. È tal cumulo di un carattere personale, e di un carattere reale, che gl'interpetri del dritto Romano hanno voluto dipingere qualificando queste azioni, con Ulpiano, di *personales in rem scriptæ* (3). Niun giureconsulto ha meglio di Cujacio rilevato il senso e l'energia di tale qualificazione. « Actionum in personam aliæ sunt omnimodo, id est, vi ipsa et scriptura; « aliæ vi ipsa in personam, scriptura in rem. Ex hoc genere est actio « *quod metus causa*. Vi namque ipsa « est in personam. Scribitur tamen « generaliter et in rem . . . Hic duo « notanda sunt. Non omnem actionem in personam, ita scribi, ut « quis dicat adversarium sibi dare « aut facere oportere, sed et aliis « modis, ut puta verbis in rem directis, et ita accipiendus est, § *Omnium*, *inst. de act.* (4). » Errano dunque grandemente coloro che traducono l'espressione, *actiones in rem scriptæ*, per *azioni scritte sulla cosa* (5). Ulpiano, adoprando tal locuzione non ha voluto dire che l'azione fosse scritta o impressa sopra la cosa; ma ha inteso esprimere, che sebbene l'azione fosse principalmente personale, nondimeno la sua formula era quella dell'azione reale, ed era concepita o scritta in termini diretti contro la cosa, *in personam* VI IPSA, *in rem* SCRIPTURA (6).

Uno dei caratteri dell'azione personale *in rem scripta*, è di produrre un dritto di persecuzione contro i terzi detentori. Semplice ne è la causa, poichè distrutto in virtù della domanda personale, il contratto che ostava alla vendicazione, l'immobile ritorna *ipso facto* all'antico padrone,

(1) Sopra il § 1, del tit. della Inst., *De act.*

(2) Sopra la legge 41, D. *De rei vindicat.*

(3) V. per ciò che lo riguarda, 1° i comenti del Tiraquello, il quale cita coloro che prima di lui ne hanno trattato (*De retract. gentil.*, § 8, gluss. 3, n. 8 a 9). 2° Loyseau, dell'Azione mista (lib. 2, cap. 1, n. 8); 3° Pothier, sopra Orléans, introduz. gen. agli statuti, cap. 4, § 2, n. 121. Del resto, la denominazione d'*actio in rem scripta*, appartiene ad Ulpiano, l. 9, § 8, *Quod metus causa.*

(4) Réalt. sopra la leg. 9, Dig. *Quod metus causa.*

(5) È caduto in tale inavvertenza anco uno stimabile professore, Duranton, t. 16, n. 361.

(6) Lo dice anche Fachinèa sulla traccia di Ceratio (Cont., lib. XI, c. 60).

e questi è tosto investito del dritto di vendicazione, o in altri termini, dell'azione reale competente ad ogni proprietario per raggiungere la propria cosa dovunque abbia fatto passaggio. Se ne vede ogni giorno la prova nell'azione alla ricompra (articolo 1644), e nelle azioni rescissorie per il capo della lesione. Questo punto è trattato con molta chiarezza da Furgole. Raccomando a chi vorrà studiare tal materia di consultarlo (1).

625. Ciò premesso, dobbiamo esaminare una quistione molto agitata a' giorni nostri, e che riguarda la materia tanto importante, dei tribunali cui spetta conoscere dell'azione resolutoria. Consiste dessa nel determinare se tale azione è mista egualmentechè tutte le azioni personali *in rem scriptæ*.

L'affermativa era quasi generalmente ammessa nell'antica giurisprudenza. I nostri principali scrittori la professavano. Tiraquello (2), Loyseau (3), Furgole (4), Pothier (5), avevano a tal riguardo un'opinione unanime, e le decisioni obbedivano alla loro dottrina. Non è già che tali azioni fossero miste nel senso medesimo delle azioni *familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum, e petitio hæreditatis* (6).

Ma non è per ciò men vero, che le azioni personali *in rem scriptæ*, contenendo una superposizione dell'azione personale e dell'azione reale, fra loro concatenate, venivano in pratica qualificate per *miste*, e sotto tale rapporto giustificavano tale epiteto forse molto meglio delle quattro azioni delle quali abbiamo testè parlato, che sono quasi esclusivamente reali (7).

626. Onde presentare nondimeno la quistione in tutti i suoi lati, diremo che alcuni giureconsulti rigettavano il concetto della mistura del carattere personale e reale nelle azioni *in rem scriptæ*.

Considerando, dicevano essi l'azione rescissoria nei suoi rapporti fra venditore e compratore diretto, essa è meramente personale, perchè intentata per lo scioglimento d'un contratto; e la restituzione della cosa essendo un mero effetto di tale scioglimento, sarà questo il caso di dire con Giustiniano: « *Namque agit unusquisque, aut cum eo qui ei obligatus est vel ex contractu vel ex maleficio*, QUO CASU PRODITÆ SUNT ACTIONES IN PERSONAM, *per quas intendimus adversarium ei dare an facere oportere* (8). » Invero tal obbligo del compratore investe l'immobile che resta onerato dell'adempimento del fatto promesso, e seco trasporta tale onere, qualunque sieno i passaggi ch'esso subisce. Ma l'obbligo personale è quì domioante; il reale non è che *in executione*. Per giungere fino alla cosa, è d'uopo prima di tutto passare traverso il contratto, e far dichiarare lo scioglimento dei vincoli personali da esso crea-

(1) Test., t. 2, cap. 7, sez. 3, n. 92 e seg., fino al 105.
(2) *Loc. cit.*, n. 10.
(3) Lib. 2, cap. 1, n. 3.
(4) Testamenti, t. 2, cap. 7, sez. 3, n. 100.
(5) *Loc. cit.*
(6) Pothier ne fa l'osservazione con Ubère (Inst., *De act.*, n. 22). Queste ultime azioni (eccetto la petizione dell'eredità), sono quelle chiamate miste dagli Istitutisti. Voet ne ha parlato dettagliatamente (*Finium regund.*, n. 4).
(7) Carrè lo ha dimostrato (*Compét.*, t. 1, p. 475).
(8) Inst., *De act.*, § 1.

ti (1); la sola persona dunque dee mettersi in causa, ed il colpo che sarà sovr'essa scagliato, andrà necessariamente, e per effetto di una inevitabile reazione a percuotere l'immobile soggetto alla rescissione.

Se poi vuolsi esaminare l'indole dell'azione rescissoria nei di lei rapporti con i terzi, la riscontreremo a norma dei casi, o puramente personale, o puramente reale, senza mai avere collettivamente l'impronta dell'una o dell'altra. Infatti, può avvenire, che i terzi possessori della cosa siensi assunti nel contratto di rivendita stata loro fatta, l'onere di sborsare al venditore originario il prezzo della vendita (2); sono allora personalmente obbligati; esiste una convenzione precisa che gli vincola. Non potrebbero procedere nè al rilascio, nè alla purgazione (3); non sono terzi possessori. Domandando contr'essi la rescissione del contratto per difetto di pagamento, s'intenta un'azione personale.

Se il sub-acquirente non si è accollato il pagamento del prezzo al venditore, non può dirsi in tal caso che sia vincolato da un obbligo qualunque: non ha contrattato col venditore, non si è impegnato verso di lui; è per esso un terzo possessore, contro il quale non v'è azione che a motivo del possesso della cosa. In questo caso dobbiamo dire con Giustiniano: *Aut cum eo agit qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de ea re controversiam*, QUO CASU PRODITÆ ACTIONES IN REM SUNT (4).

La distinzione fra il caso in cui l'azione viene diretta contro uno personalmente obbligato, ed un terzo possessore, fù da Alberico insegnata (5) con molta precisione. Riferisco il sunto dato da Tiraquello della sua opinione (6): « Nam aut « agitur (inquit) adversus debitorem « obligatum, et tunc est personalis: « aut adversus extraneum posses- « sorem, et est realis. Nec obstat « (ut subdit) quod ea actio veniat « ex obligatione et contractu, quia « non consideratur causa remota, « sed proxima: nec ago ex contra- « ctu, sed ex jure mihi quæsito per « contractum; sicut et dominium mi- « hi quæritur ex contractu, et tamen « non ago ex eo contractu, sed ex « dominio per contractum quæsito.

« Nec inconveniens est (ut id addas) unam eamdemque rem esse « diversæ naturæ, diversis respecti- « bus. »

627. Tale era lo stato delle opinioni sotto l'antica giurisprudenza; l'ultima da me riferita era la meno accreditata, ed a parer mio il di lei disfavore era meritato, come vado a dimostrare.

628. Dopo la promulgazione del Codice di procedura, che ha determinato per le azioni miste una competenza speciale, il conflitto dei sistemi si è rinnuovato, e Berriat ha emesso sopra l'articolo 59 di esso Codice una dottrina presso a poco conforme a quella di Alberico (7);

(1) V. *infra*, lo squarcio da me riferito del presidente Fabro, n. 805.

(2) V. un esempio nella specie d'una decisione di cassazione del 12 Marzo 1829 (Dal., 29, 1 177).

(3) V. il mio comento sopra le Ipot. Decisioni citate da Dalloz, Ipot., p. 344 e seg.

(4) Inst., *loc. cit.*

(5) Sopra la leg. 3, § 1, Dig. *Ad exhibend.*

(6) *De retract. gentilit.*, § 8, glossa 5, n. 14. Tiraquello gli rimprovera d'essersi contradetto su tal quistione.

(7) T. 1, p. 101.

ma non la credo ammissibile. Laddove il Codice di procedura ha parlato delle azioni miste, ha evidentemente dato a queste parole il significato che la gran maggiorità degli scrittori Francesi loro attribuiva, ed è tanto più positivo che il suo concetto prendeva di mira le azioni *in rem scriptæ*, piuttostochè le azioni chiamate miste da Giustiniano, che nello stesso articolo crea per queste ultime, cioè per la petizione d'eredità e per la divisione, una competenza speciale, diversa da quella che nel § precedente regola la sorte delle azioni miste. Adunque le azioni miste, nel senso dell'articolo 59 del Codice di procedura civile, sono principalmente le azioni *in rem scriptæ*.

E come può dubitarsi che tal denominazione loro si convenga? Non racchiudono esse una combinazione meravigliosa dell' azione personale, che proviene da un contratto, e dell' azione reale, che proviene dalla proprietà? La distruzione del contratto ottenuta mediante la domanda personale non reintegra nell'istanto medesimo il dritto dell' antico proprietario, e non è allora il proprietario, che forte del suo *jus in re*, esclama: *questa cosa mi appartiene*, *rendetemela*? Lo ha Cajo insegnato: *in rem actio est*, *cum rem intendimus nostram esse* (1).

Si obietta che questa teoria tende a convertire in azioni miste tutte le azioni personali, le quali costringono il reo a dare una cosa all'attore. Nulla vi è di più inesatto: la linea di demarcazione sussiste tuttavia con un carattere ben pronunziato. Qualunque volta si domanderà una cosa in forza d'un obbligo che non ha trasfuso dritto di proprietà, l'azione sarà mera personale; ma sarà reale, o mista di realtà, se prima del termine della lite, l'attore si trova investito del dominio, ed in tal qualità conchiude al rilascio.

Quindi non vi ha dubbio essere l'azione personale-reale ossia mista di fronte al compratore diretto; sarà solamente reale di fronte al terzo possessore, perchè non è personalmente obbligato (2).

Poncet, autore di un piccolo trattato sopra le azioni, e professore di dritto a Digione, ha prodotto un altro sistema. Esso vuole che l'azione sia mera personale tanto di fronte al compratore diretto, quanto di fronte ai terzi possessori i quali posseggono l'immobile col titolo del primo acquirente (3). Citerò le sue parole sopra il secondo membro della sua proposizione, poichè il primo è presso a poco conforme alla tesi di Alberico.

« Infatti, esso dice, allorchè il « primo acquirente ha trasferito in « altri la proprietà dell' immobile « venduto, non ha potuto trasmettergli che quelli stessi dritti ch'egli stesso vi possedeva, cioè non « ha potuto farlo, che sotto le medesime condizioni con le quali « lo aveva acquistato (4). Ora egli « non aveva sull' immobile che un « dritto resolubile in virtù della convenzione; non ha potuto perciò trasferirlo che con l'onere espresso o

(1) Inst., Com. 4, n. 3.

(2) *Juge*, Duranton, t. 16, n. 452. *Infra*, n. 629. Ma se si fosse personalmente obbligato, come nell'esempio citato al n. 626, l' azione sarebbe mista.

(3) P. 170, n. 119.

(4) Artic. 1599, 2125, 2182 del Codice civile, l. 54, Dig. *De reg. juris*.

« sottinteso della medesima condizione resolutoria. Sono dunque essi pure tenuti all'adempimento di siffatta condizione (salvo il loro regresso contro di lui, qualora l'abbia ad essi dolosamente dissimulata, e debbano soffrire una evizione per parte del venditore originario). L'azione che contr'essi promuove il venditore, deriva per tal modo dall'obbligo ch'essi hanno *tacitamente ed indirettamente* contratto verso di lui, come ancora da quello della restituzione che loro impone la legge (1). È dunque personale d'indole sua, e lo è anco pel suo scopo, che è quello di raggiungere l'adempimento del patto originario ch'essi si sono implicitamente accollato. »

Tuttavia Poucet esterna con riservatezza tale opinione, ch'egli conviene esser contraria al parere unanime dei dottori, e dei giureconsulti (2). Io non credo che possa trovare numerosi seguaci.

629. Diceva testè, che il terzo possessore non è personalmente obbligato; ed infatti non ha pattuito col venditore, e quegli da cui tiene i suoi dritti non gli ha imposto verun obbligo preciso verso lo stesso venditore.

Poncet crede sottrarsi a tale stato di cose, allegando che vi sia almeno obbligo *tacito, indiretto, implicito*. Ma con tal sistema non vi sarebbero altre azioni che le personali, e dovrebbesi proclamare l'errore di tutti i Codici Romani, Francesi ed altri, i quali hanno opinato, che le azioni reali non sono una vana creazione della fantasia (3). L'azione vendicatoria, che è l'azione reale per eccellenza, l'azione ipotecaria, e tutte le altre di simil genere dovrebbero riporsi nella classe delle azioni personali, perocchè chi non è proprietario d'una cosa è *tacitamente ed implicitamente tenuto* a restituirla al vero proprietario che la reclama. Chi possiede un fondo ipotecato *è tacitamente ed implicitamente tenuto* a rilasciarlo al creditore, cui è stato dato in cautela, tanto più che l'ipoteca è scritta sull'immobile in quella guisa istessa che la clausola resolutiva investe la cosa venduta (4). Che anzi vi è scritta in modo più solenne, mercè le iscrizioni inventate dalle moderne legislazioni!!!

La ragione data da Poncet è dunque inammissibile, e produrrebbe la massima confusione.

L'errore di quello scrittore proviene dal non aver fatto attenzione a quella specie d'obbligo che si verifica nell'azione personale, ed a quella che suppone l'azione reale. Il primo scaturisce da un fatto personale del reo, cioè da un contratto o quasi-contratto, da un delitto o quasi-delitto. Cajo significava ciò con le seguenti parole: « *In personam actio est, qua agimus* CUM SPONSORE, *aliove, qui nobis vel* EX CONTRACTU VEL EX DELICTO *obligatus est* (5). » Ma nell'azione reale, l'obbligo del

(1) Art. 1121, 1165, 1664 del Codice civile.

(2) P. 189, n. 128.

(3) V. la legge 13, § 1, Dig. *De minorib.*, la quale decide positivamente non esservi contratto col terzo possessore in un caso analogo. Cito questa legge *infra*, n. 801, in note, *Licet cum eo non sit contractum.*

(4) È per tal motivo, che Alberico e Tiraquello paragonano l'azione resolutoria esercitata contro un terzo, all'azione ipotecaria *(loc. supra cit.)*

(5) Inst. Com., lib. 4, n. 2.

reo di rilasciare la cosa non deriva dalla sua promessa, o da un fatto suo: deriva semplicemente da una mancanza di dritto, *ex defectu juris*. Egli nè si è obbligato, nè ha promesso. Non gli vien chiesta la cosa perchè abbia promesso di farne la consegna, ma perchè non è proprietario, e che di fronte al vero padrone non può ritenere ciò che non gli appartiene.

Ed infatti, quando si agisce contro il terzo possessore per la restituzione della cosa, gli si dice: « Chi « vi ha trasmesso i suoi dritti, mi « doveva una somma di danaro, e « non l'ha pagata. Ho ottenuto la « resoluzione del suo titolo; ora l'a« bolizione del suo dritto annienta « anco il vostro: *resoluto jure dan« tis, resolvitur jus accipientis*. De« sistete dunque dal possesso di una « cosa che non è più vostra! » In tutto questo non si ravvisa nè contratto, nè delitto, nè quasi-delitto, ma soltanto il dritto di proprietà, che si stabilisce di fronte all'oggetto goduto senza causa da altri, e che distrugge un possesso effimero ed incapace di alterare la preponderante sua efficacia.

Per rintracciare un obbligo personale nella nostra ipotesi, Poncet è costretto a sostituire tacitamente tutti gli acquirenti successivi in tutte le clausole espresse nel contratto del primo acquirente. Ma tal supposto è arbitrario, e il più sovente questi subacquirenti ignorano l'esistenza del dritto del venditore, ovvero hanno comprato perchè lo credevano sodisfatto. Poncet lo ammette, giacchè riserva ai terzi possessori il regresso contro il loro autore che gli ha indotti in inganno. Ora domando, come potrebbe esistere un contratto, laddove da una parte vi fosse stata ignoranza, dall'altra dolo? Non si estenderebbe così tropp'oltre la licenza delle tacite convenzioni?

Talvolta invero, i terzi possessori han potuto conoscere l'esistenza di un venditore non pagato. Ma è ciò bastante per dire che sonosi obbligati verso di lui? Nò davvero. Al contrario hanno sperato che il loro venditore diretto acquieterebbe il proprietario originario, e con ciò gli libererebbe da ogni impaccio verso di lui.

Poniamo fine a questa disamina forse troppo prolungata, e diciamo esser costante, che l'azione contro i terzi possessori è meramente reale, se non si vincolano verso il venditore mediante un patto espresso.

630. Carré è venuto in lizza con altra dottrina (1). Si unisce a Poncet per sostenere che l'azione resolutoria intentata contro l'acquirente diretto è meramente personale: ma la vuol mista rapporto al terzo possessore, e giustifica il suo asserto mediante una definizione dell'azione mista desunta da Duparc-Poullain (2).

« L'azione, la quale ha *per og« getto* la sola cosa, e che nasce da « un contratto intervenuto fra il reo « ed un terzo, è l'azione mista, per« chè è una mistura di realtà e di « personalità. Non è meramente rea« le, sebbene abbia soltanto la cosa « per oggetto diretto, perchè deriva « da un contratto, senza di cui non « avrebbe luogo. Non è neanco mera « personale, poichè il contratto da « cui proviene non fu passato fra le

(1) *De la Compét*, t. 1, p. 470 alla 478, e 510 alla 520.

(2) *Principes de droit.*, t. 8, p. 4, n. 4.

« parti, e non costituisce un vero « vincolo personale fra loro. »

Tale idea mi è sembrata sempre un paradosso, abbenchè possa appoggiarsi all'autorità di comentatori assai numerosi (1). In qual modo può sostenersi, l'azione del venditore posarsi sul contratto stipulato fra l'acquirente ed il terzo possessore? Che interessa al venditore il contratto e la causa che hanno operato il passaggio della cosa in mano del possessore? Sia pure una vendita, una donazione, od anco una usurpazione, ciò non lo riguarda (2). Gli basta provare, che la cosa è di suo dominio per poterla prendere dovunque si trovi. Egli non ha a dire al possessore che una cosa: *Sono il proprietario : voi possedete i miei beni con uno od altro titolo, ciò poco m'interessa; sloggiate.* Qual mistura di personalità si ravvisa in tutto questo?

Insomma, è vano torturarsi lo spirito per eludere una verità, che il Codice di procedura civile mi sembra abbia posta in piena luce. L'indole delle azioni *in rem scriptæ*, implica un miscuglio necessario di realtà, e di personalità, che è di tutta evidenza. Un'azione che può dirigersi contro un terzo possessore, non può essere mera personale, se è intentata contro l'obbligato direttamente. Perocchè questo dovrà effettuare il rilascio, alla pari del terzo possessore. Ma se l'azione è mista contro il compratore incalzato contemporaneamente e dal dritto resultante dall'obbligazione, e da quello nascente dal dominio, è però reale contro il terzo detentore, perchè questi non ha contrattato col venditore, e non è convenuto che a motivo della cosa.

631. Ciò posto, è facile risolvere varie quistioni, riguardanti la direzione dell'azione resolutoria, ed il foro ove deve promuoversi.

Il venditore può agire direttamente contro il terzo possessore, non curando il suo acquirente immediato, e tutti gli acquirenti intermedj?

Avanti qual tribunale deve instaurarsi l'azione resolutoria promossa contro il compratore diretto? Qual'è il tribunale competente a conoscere dell'azione diretta contro i terzi? Se il venditore vuole con la stessa azione investire il compratore immediato ed i successivi acquirenti, a qual tribunale dovrà ricorrere?

632. Sulla prima quistione, Duranton distingue (3).

Trattandosi di uno scioglimento che si operi di pieno dritto, l'azione può formularsi direttamente contro i terzi; ma se deve proporsi in giudizio, occorre prima di tutto far pronunziare lo scioglimento con la parte; onde diminuire spese e lentezze, si deve chiamare in giudizio il terzo possessore contemporaneamente alla parte contro la quale chiedesi lo scioglimento.

Ma in altro luogo dell'opera sua (4), lo stesso scrittore sembra che abbandoni tal distinzione; e senza riprodurla, così si esprime:

« Il venditore può agire dunque « contro i terzi, e *lo può eziandio* « *direttamente*, senza *aver bisogno di* « *far preventivamente pronunziare lo* domanda principale, che è meramente reale.

(1) V. in Furgale, t. 2, p. 165, n. 102, dei vestigj di tale idea.

(2) O almeno, se una discussione ha luogo intorno i titoli del terzo acquirente, è solo per eccezione alla

(3) T. 11, n. 95.

(4) T. 16, n. 361, p. 387.

« *scioglimento del contratto col compratore* (1); ma deve chiamarsi « quest'ultimo in giudizio, onde con« statare che il prezzo non fu paga« to, e che il venditore non è stato « in altro modo sodisfatto. È tuttavia « cosa più regolare agire contro il « compratore direttamente, e chia« mare in giudizio il sub-acquirente, « onde comprendere ancor esso nel « giudicato. »

Questo parere di Duranton sebbene vero, non è però completo, e per presentare lo stato della giurisprudenza intorno alla nostra quistione, è d'uopo procedere più oltre, e fare un'altra distinzione.

O i terzi sonosi nel contratto accollati il pagamento del prezzo al venditore, o non hanno subito alcun onere congenere.

633. Nel primo caso, l'azione resolutoria può intentarsi *omisso medio*, contro il terzo possessore, ed allora diviene applicabile la dottrina di Duranton. La ragione si è, che il possessore è personalmente obbligato (2); è subentrato espressamente in tutte le condizioni, ed in tutti i doveri imposti dal contratto originario. Si è incaricato di acquietare il venditore primitivo, e se manca alla sua promessa, quest'ultimo ha contr'esso evidentemente l'azione diretta allo scioglimento.

Così giudicò la corte di cassazione li 12 Marzo 1829 (3), nel caso seguente.

Diert vende a d'Hérouville un immobile mediante un censo di 500 lire, rappresentante un capitale di 12,000 lire. D'Hérouville rivende a Vandermey mediante un prezzo determinato. Il censo dovuto a Diert è accollato a Vandermey. Questi non paga, e onde evitare una vendita coatta, in virtù di una transazione retrocede a Diert l'immobile alienato. Hérouville che era rimasto creditore di Vandermey per una porzione del suo prezzo, attacca di nullità la transazione, e chiede lo scioglimento della vendita da lui stipulata con lo stesso Vandermey, salvo l'onere a suo carico del censo spettante a Diert.

In tale stato, la corte di cassazione (sezione dei ricorsi) opinò, che Vandermey aveva potuto mettere Diert in possesso senza citare il suo venditore diretto, il d'Hérouville. Non riporto i considerandi di questa decisione, che avrebbero potuto essere più sostanzialmente motivati, poichè trasvolano sopra i punti dottrinali, e come in molte altre decisioni della corte suprema, non offrono una deduzione ragionata e profonda dei principj. Nondimeno, a senso mio, questa decisione fa autorità.

Vandermey era primitivamente surrogato a d'Hérouville pel pagamento del prezzo. Non restava più a Diert, che accettarlo per debitore diretto, e lo aveva fatto seco lui contraendo. Cosa restava Vandermey dopo aver consentito lo scioglimento del contratto originario? Era il rappresentante, il mandatario legale di d'Hérouville. Quindi non era necessario che quest'ultimo fosse chiamato. Suo danno, se aveva scelto per proprio rappresentante un individuo incapace di adempiere al suo man-

(1) D'onde consegue, che, secondo Duranton, non si può più distinguere fra il caso in cui lo scioglimento deve chiedersi giudicialmente, e quello in cui avviene per ministero di legge.

(2) *Supra*, n. 627.

(3) Dal., 29, 1, 177.

dato (1), o indegno della sua fiducia.

634. Avverrebbe però altrimenti, se il terzo acquirente non avesse obbligo personale verso il venditore primitivo, e questo è il secondo membro della nostra distinzione. Credo in tal caso inammissibile l'opinione di Duranton.

Onde potere agire contro il terzo possessore personalmente non obbligato, è mestieri che il suo dritto sia annullato, e non può esserlo se il venditore originario non fa rescindere in contraddittorio col suo acquirente diretto l'alienazione a lui fatta, e che servì di base al dritto del terzo possessore. Finchè la causa del dritto del terzo possessore non è stata distrutta, invano il venditore originario lo molesterebbe. La sua azione reale non ha fondamento, avvegnachè, per sostenersi, è d'uopo che quegli si presenti con la veste di proprietario, ed è certo che non lo è finchè sussiste il contratto di vendita, con cui ha trasferito i suoi dritti ad altri (2).

Nè si dica, che il venditore originario potrà domandare contro il terzo possessore la rescissione del contratto, poichè tutto resiste a tale obietto! Il terzo possessore non è stato parte alla vendita originaria: fù per lui *res inter alios acta*; però attaccarlo personalmente, è lo stesso che combattere senza l'inimico, e lottare senza resistenza.

E che sarebbe della stabilità dei contratti, se il venditore originario, senza accertarsi del rifiuto di quegli che gli è personalmente obbligato, potesse agire contro i terzi, i quali riposano tranquilli sopra i loro titoli, e sulla loro buona fede?

Non sarebbe altronde possibile, che il venditore originario, bramoso di riacquistare un possesso, il di cui valore si è accresciuto, colludesse con un terzo possessore onde conseguire da lui in forma di scioglimento una retrovendita lesiva i dritti di tutti gli acquirenti intermedj, che si uniformassero non pertanto agli obblighi scritti nei loro titoli?

Si tenga dunque per fermo, che il venditore non può raggiungere la cosa già trapassata in terze mani, se non che ottenendo prima di tutto la rescissione del contratto col suo acquirente diretto.

635. E poichè l'azione resolutoria intentata contro il compratore è mista, il venditore dovrà adire il tribunale del domicilio di quest'ultimo, o quello della situazione dei beni (3).

636. Che se dopo avere ottenuto lo scioglimento contro l'acquirente diretto, agisce contro i terzi per rilascio, dovrà instaurare la sua azione avanti il tribunale della situazione dei beni, poichè quest'azione sarà intieramente reale.

637. Ma per maggior celerità ed economia, il venditore ha un modo più spedito di procedere.

Può agire ad un tempo contro il compratore diretto, e contro i terzi possessori. Il tribunale competente sarà allora quello del domicilio, o

(1) Arg. di una decisione di Digione del 13 Gennajo 1826, confermata il 30 Agosto dalla corte di cassazione (Dal., 27, 1, 500).

(2) V. *infra*, n. 732 e 804. Ritorna sopra questa proposizione.

(3) Alberico, *loc. cit.*, citato da Tiraquello, *De retract. gentil.*, § 8, glos. 5, n. 14, decise il contrario. « *Primus emptor omnino* conveniri debet coram judice « sui domicilii. » Ma ciò perchè voleva che l'azione fosse puramente personale. Tiraquello cita una quantità d'autori i quali decisero si potesse adire l'un giudice o l'altro.

della situazione dei beni del compratore. Ivi si citeranno i terzi; perchè la loro causa è connessa con quella del compratore diretto, e la lite non dee scindersi, *ne continentia causæ dividatur* (1).

Vi è connessione, perchè se il contratto vien rescisso di fronte all'acquirente primitivo, per un effetto inevitabile svanirà il dritto di tutti gli acquirenti successivi. Così si pratica in tutti i tribunali del regno.

638. L'azione resolutoria, oltre il carattere reale e personale di cui abbiamo trattato, possiede anco un altra qualità, consistente nell'esser divisibile, allorchè ha per oggetto un' eredità, od altra cosa divisibile.

La divisibilità di tale azione, ha luogo tanto per parte del venditore, che per quella del compratore, contro il quale è promossa.

639. È divisibile per parte del venditore. Talchè, se questi lascia più eredi, ciascuno di essi può intentare lo scioglimento per la quota rispettiva (2).

Nondimeno, se uno degli eredi del venditore chiede lo scioglimento della vendita, l'acquirente può esigere che tutt'i suoi coeredi sieno chiamati in giudizio onde accordarsi a riprendere la totalità dell'immobile. Ciò si deduce dall'art. 1670 del Codice civile, e fu giudicato dalla corte di cassazione con decisione del 6 Maggio 1829 (3), a senso mio assai plausibile; poichè non può obbligarsi il compratore a ritenere porzione di una cosa che aveva comprata per possederla nella sua integrità. Convengo bensì non esservi parità perfetta fra il compratore contro il quale viene intentata l'azione alla ricompra, e quello contro il quale si esercita l'azione rescissoria. Il primo è scevro di colpa; il secondo incorre nello scioglimento per effetto della sua contumacia al pagamento del prezzo. Nondimeno tale contumacia non deve punirsi con una ingiustizia, e sarebbe certo un rigore iniquo il costringere l'acquirente a conservare parte d'una cosa, che essendo divisa gli sarebbe a carico. Per questa ragione abbiamo già veduto (n. 576), che nell'azione redibitoria, la quale pure emerge, sia da colpa, sia da dolo del venditore, questi non può esser costretto a riprendere porzione soltanto della sua cosa.

640. L'azione resolutoria è divisibile dalla parte del compratore, contro di cui compete. Così, se il compratore lascia più eredi, il venditore dovrà chiedere lo scioglimento a ciascuno di essi per la respettiva quota, chè anzi potrà agire contro taluni, e lasciar poi tranquilli gli altri. Quelli fra gli eredi, contro i quali l'azione verrà esercitata non potranno lagnarsi, nè esigere che i loro coeredi sieno chiamati in giudizio; infatti la divisione gli ha resi estranei gli uni agli altri; i loro interessi sono distinti e separati; lo scioglimento, spogliando i convenuti delle parti non pagate, non genera alcuno degli inconvenienti dei quali parlammo al numero precedente.

641. A norma dell'articolo 1220 del Codice civile, le obbligazioni sono indivisibili fra le parti, e la divisibilità è applicabile soltanto riguardo ai loro eredi.

Nondimeno, se l'acquirente avesse

(1) L. 10, C. *De judiciis*.

(2) Arg. dell' art. 1669 del Codice civile. Pothier, *Vente*, n. 397.

(3) Dal., 29, 1, 248.

partitamente rivenduta la cosa da esso comprata, in guisa che fosse difficilissimo al venditore di esercitare l' azione resolutoria per la totalità, dee decidersi (1), che potrà intentare lo scioglimento parziale sopra le porzioni d' immobile rimaste al compratore; avvegnachè sia per di lui fatto, che il principio dell'art. 1220 non avrà applicazione. Benissimo in questo senso giudicò la corte di cassazione li 30 Aprile 1827 (2).

642. Havvi un altro punto di vista, sotto il quale l' obbligo di restituire la cosa è indivisibile per difetto di pagamento del prezzo. Questo è, che per quanto minimo sia il resto di prezzo dovuto al venditore, può chiedere lo scioglimento per la totalità, offrendo restituire ciò che ricevve.

643. Abbiamo considerato il dritto di resoluzione come personale-reale, e come divisibile o indivisibile; esso ha una terza qualità, quella di essere cedibile, e potere esercitarsi non solo dagli eredi, ma anco dal cessionario del venditore. Su questo punto abbiamo una folla di decisioni (3).

644. Ma la clausola resolutiva non può invocarsi dal compratore contro il venditore, perocchè fu solo introdotta a pro' di quest'ultimo (4).

Henrys tratta tal quistione con molta erudizione, secondo il consueto (5). Può avere qualche interesse trattandosi d' una dazione *in solutum*.

A modo d' esempio, Pietro mio debitore per la somma di 10,000 fr., statuisce a mio favore la vendita di un immobile, qualora non mi paghi nel termine d' un anno. Spirato quel termine non potrò chiedere i 10,000 franchi e ricusare l'acquisto dell'immobile. Ho accettato la vendita come mezzo di pagamento; ho voluto che essa formasse la mia indennità nel caso d' indugio al pagamento. Non posso adunque stornare capricciosamente la vendita, specialmente quando il mio venditore ne adempie tutte le condizioni. Henrys giustifica tal soluzione, altronde in sè medesima evidentissima, mediante una decisione del senato di Torino riferita da Antonio Tesauro, e mediante altra decisione del senato di Mantova citata dal Surdo.

645. Il disposto del nostro articolo è applicabile a qualunque specie di vendita; alle vendite mobiliari (6), a quelle di crediti (7) ed alle commerciali (8). L' articolo 1654 non fa distinzione. Delvincourt pretende bensì che al venditore di mobili che ne ha già operato la consegna, non competa il dritto di rescissione (9); ma quest'opinione non può adottarsi, come altrove ho dimostrato (10). Essa si dilegua rimpetto ai termini generici degli artic. 1184 e 1654, e rimpetto al confronto dell'art. 1654 con i due articoli susseguenti, i quali proclamando delle disposizioni speciali per le vendite immobiliari, lasciano all' art. 1654 il suo carattere scevro d' eccezione. Finalmente, non si potrebbe colorirla in altra guisa fuorchè confondendo la rivendicazione

(1) *Infra*. n. 657.
(2) Dal., 27, 1, 221.
(3) Trovansi nella raccolta di Dalloz, 26, 2, 156; 29, 2, 223; 22, 2, 97; 22, 2, 164.
(4) L. 2, Dig. *De lege commissor.*
(5) T. 2, p. 238, 229.
(6) Parigi, 18 Agosto 1829 (Dal., 29, 2, 281).
(7) Pau, 24 Giugno 1831 (Dal., 32, 2, 120).
(8) Parigi, 20 Luglio 1831 (Dal., 21, 2, 238). Pardessus, t. 2, n. 289, p. 312.
(9) *Junge*, Duranton, t. 16, n. 380.
(10) Mio comento sopra le Ipot., t. 1, n. 193.

concessa dall'art. 2102 del Codice civile con la resoluzione, lo che denaturerebbe l'indole di due dritti molto fra loro differenti. Non insisto su questo punto, che trattai diffusamente nel mio *Comento sulle Ipòteche* (1).

646. Passiamo ora a vedere quali circostanze verifichino il dritto di chiedere lo scioglimento.

Già lo dicemmo: la causa e la base dell'azione resolutiva è il non pagamento del prezzo. Il venditore non sodisfatto o dell'intiero prezzo, ovvero anco d'una porzione di esso (2), o degli accessorj (3), può farsi reintegrare nel possesso dell'immobile. Se l'oggetto venduto è un mobile, può nondimeno fare uso di tal dritto, ancorchè il compratore fosse fallito (4). Perciocchè la massa dei creditori che succede ai dritti attivi di quest'ultimo, deve anco sopportare l'esercizio delle azioni passive.

647. Questa regola è semplice. Nondimeno esiste un caso in cui la di lei applicazione offre qualche difficoltà, ed è quando il prezzo della vendita consiste in un reddito vitalizio. La difficoltà sta allora nel conciliare il nostro articolo con l'articolo 1978, a tenore del quale la mancanza di pagamento dell'arretrato non autorizza quegli, a favor del quale tal reddito fu costituito, a ritornare al possesso dell'effetto alienato, ma gli concede soltanto il dritto di far vendere l'immobile per conseguire sul retratto della vendita l'investimento di una somma sufficiente al pagamento del reddito.

In tesi generale l'art. 1978 contiene una modificazione eccezionale all'art. 1654 (5). È forza ammettere, che quantunque il reddito vitalizio sia il prezzo della cosa, pure il non pagamento dell'arretrato non è causa di scioglimento. L'artic. 1654 dispone per il caso soltanto della vendita pura e semplice; e non è più applicabile, quando il prezzo riveste un carattere aleatorio, il quale modifica la natura del contratto, poichè allora addiviene regola della materia l'articolo 1978.

648. Bensì le convenzioni delle parti possono cambiare questo punto di dritto; quindi dovranno esse maturamente ponderarsi, e valutarsi le circostanze che fanno variare la specie.

A modo d'esempio:

Se fra i contraenti fu pattuito, che il contratto di vendita si discioglierebbe non venendo pagati gli arretrati della rendita vitalizia, l'articolo 1654 potrà liberamente invocarsi dal venditore (6).

Così pure avviene se il prezzo consiste porzione in capitale, e porzione in rendita vitalizia, e che è stato stipulato in modo assoluto, che la vendita si resolverebbe per mancanza di pagamento del prezzo. In tal caso se il capitale non è sodisfatto, abbenchè il vitalizio venisse pontualmente pagato, il venditore potrà intentare lo scioglimento, ed investire con esso anche la rendita (7).

La corte di Bourges procedè più oltre, ed in una specie, in cui il

(1) *Loc. cit.*
(2) *Supra*, n. 642.
(3) *Supra*, n. 596.
(4) Parigi, 24 Aprile 1822 (Dal., 33, 2, 148).
(5) Duranton, t. 16, n. 371. *Contra* Delvincourt, t. 3, p. 386.
(6) Decisione della corte di Bordeaux del 14 Marzo 1829 (Dal., 29, 2, 218).
(7) Decisione della corte di cassazione del 20 Novembre 1827 (Dal., 28, 1, 26).

patto commissorio non era stipulato, decise, che se il vitalizio era stato creato nell'aspettativa del pagamento d'un capitale determinato, il quale costituiva il prezzo principale, il difetto di prestazione della rendita poteva far resolvere il contratto (1). Gli sembrò, non a torto, che quando pure si potessero riscontrare in tal convenzione alcune apparenze di contratto aleatorio, il carattere predominante era quello d'una rendita ordinaria, resolubile nel caso dell'articolo 1654.

649. Le stesse difficoltà non esistono se la rendita, anzichè vitalizia è perpetua. Il venditore può chiedere lo scioglimento in virtù del nostro articolo. La corte di cassazione lo decise ne'3 Dicembre 1817 (2), nella specie d'un contratto di vendita, che non conteneva il riservo espresso del dritto di scioglimento.

Nè sarà necessario attendere che sieno scorsi due anni senza pagamento (3), perocchè l'art. 1912, il quale autorizza la coattiva realizzazione del capitale della rendita, allora solo che il debitore ha per due anni mancato agli obblighi suoi, non è applicabile se il creditore reclama non la liberazione dal censo e la restituzione del capitale, ma lo scioglimento del contratto di vendita, e la sua reintegrazione al possesso dell'oggetto venduto.

Secondo Duranton (4), sarebbe altrimenti, se le parti dopo avere stabilito per prezzo una somma di danaro, la convertissero in un reddito annuo e perpetuo; poichè dice quello scrittore, il difetto di pagamento dell'arretrato non occasionerebbe lo scioglimento del contratto di vendita, ma soltanto il rimborso del capitale, qualora il compratore avesse per lo spazio di due anni mancato al pagamento. Duranton basa questa opinione sopra l'art. 1912.

Ma non è ammissibile. Il patto di cui Duranton ragiona non contiene alcuna novazione; esso non fa che costituire un reddito perpetuo ed annuo come modo di pagamento; il debito primitivo sussiste sempre, ed il suo carattere ed il suo principio non è stato menomamente alterato.

Questa seconda opinione prevalse a buon dritto nanti la corte di Bordeaux. La sua decisione è del 23 Marzo 1832 (5). Giovanna e Francesca Deltoral, avevano venduto nel 1822 a Gatinel un immobile per il prezzo di 1,600 fr.; 400 franchi vengono pagati in danaro. I rimanenti 1,200 sono convertiti in rendita perpetua ed annua di dodici quartieri di formento.

Gatinel era debitore di due annate scadute, quando nel 1829 il venditore chiede lo scioglimento del contratto. Gatinel oppone esservi novazione mediante la costituzione della rendita. Ma la corte di Bordeaux non si arrestò a questa eccezione, e dichiarò il contratto sciolto; nè può decidersi altrimenti, se non si vuol creare una novazione sopra deboli e lievissime induzioni.

650. Dovremmo ora occuparci di determinare in qual modo si effettui la resoluzione, quando essa avvenga per opera della legge, quando il ministero del giudice possa differirla; ma tali quistioni saranno trattate nel mio comento agli art. 1655 e 1656.

(1) Decisione del 2 Aprile 1828 (Dal., 29, 2, 180).
(2) Dalloz, *Vente*, p. 896, 897.
(3) Duranton, t. 16, n. 370.
(4) T. 16, n. 370.
(5) Dal., 32, 2, 97.

Parliamo degli effetti della resozione.

651. Essa ripone le parti nello stato in cui erano prima della vendita.

Quindi il venditore deve riprendere la cosa franca, libera ed esente da tutte le ipoteche ed altri oneri che il compratore vi aveva infissi perdurante il suo possesso; avvegnachè la resoluzione si opera in tali termini, *ex causa primæva et antiqua et ex necessitate pacti impressi in ipsa rei traditione*. Esposi questa teoria nel mio comento sopra le *Ipoteche* (1).

Tuttavia, il venditore deve rispettare le locazioni consentite senza frode dal compratore. La regola dell'articolo 1673 trova qui la sua applicazione, ed è troppo giusta per non dovere essere accolta per analogia.

652. Il venditore ha dritto d'ottenere dall'acquirente la restituzione dei frutti percetti. È sentenza di Nerazio. « Lege fundo vendito dicta, ut « si intra certum tempus pretium so- « lutum non sit, res inempta sit: de « fructibus, quos interim emptor « percepisset, hoc agi intelligendum « est ut emptor in eos sibi suo quo- « que jure perciperet. Sed si fundus « revænisset (2). Aristo æxistimabat « venditori de his judicium in em- « ptorem dandum esse: quia nihil « penes eum residere oporteret *ex* « *re in qua fidem fefellisset* (3). »

Giuliano e Paolo emettono la stessa sentenza nelle leggi 7, §§ 1 e 12, Dig., *De condict. causa data non secuta* (4).

La ragione si è, che lo scioglimento del contratto produce un effetto retroattivo, e che l'acquirente privo di buona fede e reluttante all'adempimento degli obblighi suoi, manca di giusto titolo per far suoi i frutti (5).

Che se il venditore avesse ricevuto una porzione del prezzo, dovrebbe calcolarla al compratore, e dovrebbe anche scomputare gl'interessi di detta porzione (6), senza pregiudizio però dei danni ed interessi che potrebbero esser dovuti da quest'ultimo. Ed invero, il venditore non può ritenere gl'interessi, poichè recupera i frutti. Non deve neanco preferire gl'interessi del prezzo a' frutti della cosa, avvegnachè la resoluzione annientando la vendita, annienta anche il prezzo e gl'interessi che ne sono l'accessorio. Veramente sarebbe quasi sempre più proficuo pel venditore di ricevere gl'interessi al cinque per cento, che di recuperare i frutti, i quali in generale non rendono più del tre e mezzo per cento. Ma nel chiedere la resoluzione dee subirne le conseguenze; è impossibile che il contratto di vendita sia al tempo stesso distrutto, e produca gl'interessi del prezzo.

Del resto, la facoltà spettante ai giudici di condannare il compratore a'danni ed interessi, porge il mezzo di favorire il venditore, e di ristabilire l'eguaglianza fra i frutti e gl'interessi.

653. Tali sono i principj che in tutti i tempi sono stati considerati come costanti in giurisprudenza. Nondimeno la corte di Lione ne ha sosti-

(1) N. 466. Loyseau, *Déguerpiss.*, lib. 6, cap. 3, n. 90. Arg. dell'art. 1673.

(2) Cioè ritornasse al venditore.

(3) L. 5, D. *De leg. commissor.*

(4) Pothier, Pand., t. 1, p. 366, n. 17. V. pure le leggi citate dal medesimo, t. 1, pag. 619, n. 10.

(5) Pothier, *Vente*, n. 358. Art. 550 Cod. civile.

(6) V. Toullier, t. 6, n. 563, pag. 599. Duranton, t. 16, n. 366.

tuiti altri in un giudicato del 23 Giugno 1831, il quale merita d' esser conosciuto (1).

Lablanche vende a Merloz un immobile per il prezzo di 58,500 fr. L' immissione in possesso viene stabilita agli 11 Novembre 1825. L' acquirente sborsa in conto 12,500 fr. Qualche tempo dopo Lablanche è costretto a domandare la resoluzione, e l' ottiene con sentenza del 21 Febbrajo 1829, la quale condanna Merloz in 15,000 fr. di danni e interessi.

Allorchè si tratta della liquidazione delle ripetizioni esercibili da Lablanche, Merloz conviene che l' effetto dello scioglimento retrotraendosi al giorno del contratto, Lablanche dee riavere l' immobile con tutti i suoi frutti che ha prodotti; quindi sostiene, che il suo avversario è mal fondato nella pretensione di percipere, invece dell' importare di tali frutti (circa il due per cento all'anno), gli interessi del prezzo al cinque per cento; perocchè chiedendo la resoluzione ha rinunziato al prezzo, ed in conseguenza anche agl' interessi che ne sono soltanto l' accessorio.

Al contrario Lablanche pretende che il compratore avendo percetto i frutti deve per reciprocanza gl' interessi del prezzo, computabili fino al momento della cessazione del possesso. Così il venditore si poneva in lotta con i principj. Non voleva della clausola resolutiva se non che ciò che gli era proficuo; rigettava sul compratore ciò che essa ha di svantaggioso in alcuna delle sue conseguenze. Invece dei frutti dell' immobile, che erano sua proprietà, pretendeva gl' interessi d' una somma di danaro che si presumeva non essergli mai appartenuta!

Ciò non pertanto la corte di Lione preferì quest' ultimo sistema, e condannò Merloz a sborsare gl' interessi del prezzo, riservandogli il dritto di percipere dagli affittuarj i frutti del fondo!!! e tuttociò malgrado la sua condanna in 15,000 franchi di danni ed interessi!!

Questo giudicato è assai straordinario. Su qual ragione si fonda? sopra qual testo, sopra quale autorità? Lo ignoro, poichè la corte di Lione non si è data neppure il pensiero di palliare il suo paradosso, ed ha formulato appena alcuni ambigui considerandi, onde motivare per la forma una soluzione la quale combatte le dottrine più certe e più rispettabili. Quest'errore è uno di quelli che cotanto abbondano nella giurisprudenza delle decisioni, e che la critica deve con tutta indipendenza rilevare.

654. Benchè la resoluzione riponga le parti nello stato precedente la vendita, non possono però repetere dal fisco i dritti di passaggio che sono stati pagati; chè anzi non sono neppure esonerate dal pagarli, se non lo hanno fatto. In materia di registro, esiste il principio, che un dritto regolarmente esatto, o che doveva esserlo, non và soggetto a restituzione, qualunque sieno gli eventi ulteriori.

Vi è di più ancora: la resoluzione medesima dà luogo a nuovi dritti (2). In questo rapporto si distingue fra il caso in cui l' acquirente fu messo il possesso, e quello in cui non vi fu tradizione.

Nel primo caso si ritiene, che lo

(1) Dal., 32, 2, 14.

(2) Nell' antica giurisprudenza, la quistione era molto controversa per i laudemj. V. Bretonnier, sopra Henrys, tom. 2, pag. 340. D' Olive, cap. 17, lib. 2, etc.

scioglimento opera una rivendita soggetta a nuovi dritti pagabili dal venditore, salvo il regresso contro il compratore.

Nel secondo caso, la sentenza che ordina la rescissione è soggetta ad un semplice dritto fisso pagabile da chi l' ha ottenuta, salvo sempre il regresso contro il compratore (1).

655. Dobbiamo ora occuparci delle eccezioni d' inammissibilità contro l' azione rescissoria. Esse procedono ordinariamente dalla renunzia espressa o tacita, e dalla prescrizione.

Ciò che dobbiamo dire intorno la renunzia del venditore sarà dominato da una distinzione capitale fra la sua posizione a riguardo dell' acquirente diretto, e la sua posizione a riguardo dei terzi possessori.

Parliamo prima dell' acquirente.

656. Finchè le cose rimangono fra esso ed il venditore, non si può opporre al venditore alcuna renunzia, od eccezione ricavata dalle premure da esso praticate onde conseguire il pagamento del prezzo. Vedansi le mie osservazioni sopra questo punto che trattai diffusamente nel comento sopra le Ipoteche (n. 224 *bis*).

Questa regola ricorrerebbe sempre ancorchè l' atto di vendita contenesse una clausola equivalente al patto commissorio dei Romani (2). L' efficacia di tal patto è nota. Se il prezzo non era shorsato nel giorno stabilito, la cosa era *inempta*, la vendita consideravasi come non avvenuta, e la cosa ritornava per ministero della legge al venditore.

Nonpertanto il venditore era in facoltà di renunziare a tal dritto introdotto a suo favore. A quest' oggetto doveva, per consiglio di Papiniano (3), ponderare alla scadenza del termine se più gli conveniva la rescissione o il pagamento del prezzo. Decidendosi per il pagamento, implicitamente renunziava alla rescissione (4), e ciò per una semplicissima ragione, cioè, che la domanda del pagamento conteneva il riconoscimento dell' esistenza della vendita, e gli rendeva quella vita che aveva perduta, giacchè per il patto commissorio sarebbe stata *ipso facto* annichilata. La vendita era dunque ricostituita, e tornava a nascere; ma allora si svincolava dal patto commissorio, poichè il venditore vi aveva renunziato. La vendita diveniva pura e semplice, e quindi non poteva più chiedersene lo scioglimento, perocchè, come già dissi (5), un contratto di vendita non poteva mai annullarsi per mancanza di pagamento del prezzo, qualora le parti non lo avessero espressamente stipulato.

Questa teoria è evidente non trovar più luogo nel dritto Francese. S' inserisca pure nel contratto di vendita una clausola equivalente al patto commissorio, la domanda del prezzo non formerà mai ostacolo allo scioglimento della vendita. Perocchè se una servile imitazione del dritto Romano tentasse parificare questa richiesta del venditore ad una implicita renunzia del patto commissorio, e ad una conferma della vendita, s' imbatterebbe essa pur sempre nella clausola resolutiva tacita, che il disposto del dritto Francese sottinten-

(1) Art. 12 delle legge del 27 Neveso anno IX. Dalloz, *Enregist.* p. 180 e seg.

(2) V. il titolo del Dig. *De leg. commissor.*

(3) L. 4, § 2, Dig. *De leg. commissor.*

(4) L. 7, Dig. *De leg. commissor.*

(5) *Supra*, n. 621.

de in questo nuovo contratto puro e semplice (1).

657. Se la cosa venduta è stata in parte rivenduta, ed i sub-acquirenti hanno esattamente sborsato al venditore primitivo il prezzo de' loro acquisti, il venditore non sodisfatto della porzione rimasta all' acquirente diretto, è o non è ricevibile nella sua domanda di scioglimento di questa porzione della vendita, qualora dichiari non voler molestare i terzi acquirenti?

In favore dell'eccezione può dirsi, che il contratto di vendita è indivisibile, e che il venditore ratificandolo quanto alle parti alienate nei sub-acquirenti, viene col suo fatto a ratificarlo nella totalità; che egli non può volere che in parte sussista, ed in parte sia annullato.

Nonostante l' eccezione dovrà rigettarsi (2). Il compratore non può lagnarsi se il venditore lascia tranquilli i sub-acquirenti. Questo silenzio è di suo interesse, gli risparmia dei regressi in garanzia, e meno di chiunque altro può attaccare il venditore, perchè per discretezza non spinge le cose all' estremo.

Altronde la diffusione delle proprietà in molte mani può rendere l' esercizio dell' azione resolutoria tanto difficile e dispendiosa da far recalcitrare il venditore a fronte di tali ostacoli! Ora, da chi provengono tali ostacoli e difficoltà, se non che dal compratore?

Diciamo dunque che il venditore potrà, senza tema di opposizione, ritirare dalle mani del compratore la porzione che questi ha conservata e ch'egli non paga. Abbiamo veduto sopra (*loc. cit.*), che la corte di Riom ha deciso così con sentenza confermata dalla corte regolatrice.

658. Ho avuto notizia del caso seguente che merita di essere riferito per le combinazioni che racchiude.

Pietro, venditore di un immobile, rimane creditore di una porzione del prezzo. Accaduta in seguito la spropriazione dell' immobile, Pietro se ne costituisce acquirente. Bisogna sapere, che per una serie di circostanze, inutili a rammentarsi, egli aveva lasciato perire il suo dritto di privilegio. Dopo poco trovasi citato come terzo detentore ed effettua l'abbandono in virtù degli articoli 2167, 2168 e 2172 del Codice civile. Ma egli intenta subito un'azione in resoluzione contro il curatore eletto all' immobile.

Sostenevano ch' ei non ne aveva il dritto, perchè il suo acquisto, senza riserva alcuna, stabiliva una presunzione ch' egli avesse rinunziato alla clausula resolutoria. Costituendosi acquirente sapeva che non potrebbe formare azione contro sè stesso, e quindi la resoluzione diveniva impossibile. Non è chiaro che i suoi dritti, pel fatto, sono venuti ad estinguersi? Questa è l' argomentazione che ponevano innanzi contro quel venditore: si valevano delle vesti diverse che egli aveva assunte per costituirlo in opposizione con sè medesimo, e paralizzare l' esercizio delle sue azioni.

Ma credo che ciò si facesse senza fondamento.

(1) Del rimanente, quasi tutte le formule di clausola resolutiva che si danno come equivalenti al patto commissorio dei Romani, non lo sono. Si consulti Voet (lib. 18, t. 3, n. 21.

(2) *Supra*, n. 642. *Infra*, n. 166.

L'abbandono per ipoteca produce la intiera evizione (1), ed è certo che non si può opporre a colui che lo effettua veruna novazione risultante dal suo contratto di acquisto (2). Questo acquisto venendo revocato, vien revocato egualmente il suo effetto. E però dice Loyseau egregiamente: « E così bisogna decidere, che « dopo quell'abbandono, le ipoteche « e servitù che l'acquirente aveva « sul fondo prima del suo acquisto, « e che erano state confuse a cagio- « ne di quello, ripigliano la loro for- « za e virtù, e quindi egli stesso si « può opporre al decreto per la con- « servazione delle medesime, come « un altro creditore (3). » Queste parole, unite all'art. 2177 del Codice civile, risolvono la nostra quistione a favore del venditore non pagato.

659. Poniamo adesso il venditore al cospetto dei terzi detentori dell'immobile.

Diretta dall'interesse che inspirano i possessi acquistati e i dritti stipulati di buona fede, la giurisprudenza in generale ha una tendenza distintissima ad escludere l'esercizio della clausola resolutoria ogniqualvolta le circostanze fanno presumere che il venditore vi ha rinunziato forzatamente; e quest'idea è tanto più vivace in quanto che le rivendite a frazioni si rendono di giorno in giorno più comuni, e che le azioni di regresso sarebbero una causa permanente di rovina per gli uni e d'inquietudini gravissime per gli altri.

Ho fatto conoscere nel mio *Comento sulle Ipoteche* la giurisprudenza della corte di cassazione, in tutto favorevole al terzo detentore (n. 225). Credo che si debba mantenere come buona e giusta. Così ogniqualvolta un venditore si presenterà nella graduatoria senza riserva, bisognerà decidere che egli ha ratificata la trasmissione della proprietà fra le mani dei terzi acquirenti; che ha fatto un atto positivo mediante il quale si è associato alla sub-alienazione, al reparto del prezzo tra i creditori, al consolidamento della proprietà tra le mani del sub-acquirente; che sarebbe ingiusto si presentasse a turbare una serie di fatti perfezionati sotto i suoi occhi e col suo concorso. Siccome l'ho dichiarato nell'opera sopraccitata (n. 224), « questi atti vogliono « essere mantenuti; imperocchè la « riparazione dell'errore (del ven- « ditore) avrebbe conseguenze più « disastrose dell'errore stesso, e « giungeremmo a questo risultato in- « giusto, di preferire quello che si « è ingannato per colpa propria a « quelli che sono stati ingannati da « lui (4). »

660. Sarebbe altro il caso (e si capisce bene) se il venditore, in luogo di essere comparso nella graduatoria, ed aver partecipato a tutta la procedura della purgazione, fosse rimasto in disparte. Il suo silenzio, lungi dall'essere allora un indizio di rinunzia, sarebbe al contrario una prova che non volle ratificare gli atti operati senza sua partecipazione (5).

661. Vi sono molte altre circostanze da cui la giurisprudenza ha fatto emergere delle prove di rinun-

(1) Loyseau, *Déguerpiss.*, lib. 6, cap. 7, n. 9. V. il mio comento sulle Ipot., n. 841.

(2) *Idem*, n. 8.

(3) *Idem*, n. 7. V. il mio com. sulle Ipot., n. 841.

(4) V. in senso opposto, Agen, 22 Maggio 1832 (Dal, 32, 2, 98).

(5) Decisione della corte di cassazione del 24 Agosto 1831 che cassa la sentenza (Dal., 31, 1, 281).

zia riguardo ai terzi. Per esempio, un venditore autorizza nel contratto le rivendite a dettaglio, colla sola riserva, che i terzi riterranno il prezzo nelle mani per sua garanzia; si effettuano delle rivendite; gli acquirenti obbediscono alla prevista condizione; frattanto una porzione dell'immobile resta in mano dell'acquirente diretto, che non effettua la sua liberazione. In queste circostanze il venditore domanda la resoluzione della vendita contro l'acquirente, e contro i terzi detentori.

Ma, con sentenza della corte di Rouen, confermata dalla corte di cassazione, è stato giudicato che il venditore poteva, senza alcun dubbio, e doveva ottenere la resoluzione della vendita in ciò che spetta alla porzione rimasta in mano all'acquirente diretto; ma che doveva rispettare i possessi dei sub-acquirenti, possessi di buona fede, favoriti ed autorizzati dal venditore stesso, salvo in questi l'obbligo di pagare a chi di ragione (1). Questa deduzione è giusta e legale.

662. Dopo la rinunzia espressa o tacita, si presenta come motivo di opposizione la prescrizione dell'azione resolutoria.

Tra il venditore e l'acquirente o suoi eredi, l'azione per resoluzione non si prescrive se non per trent'anni, e questi trent'anni corrono soltanto dal giorno in cui il prezzo è stato esigibile (Art. 2257).

Ma i sub-acquirenti che uniscono la buona fede al titolo, possono prevalersi della prescrizione di dieci e venti anni.

La buona fede esiste quando anche il terzo detentore abbia saputo che il prezzo era dovuto; imperocchè ha potuto legittimamente pensare, che il venditore originario verrebbe pagato dal suo acquirente diretto.

Ma se il sub-acquirente fosse incaricato dal contratto di pagare il venditore, non potrebbe invocare fuorchè la prescrizione di trent'anni; poichè sarebbe obbligato personale, e la buona fede gli mancherebbe (2).

ARTICOLO 1655.

Lo scioglimento della vendita degl'immobili deve pronunziarsi indilatamente, se il venditore si trova in pericolo di perdere la cosa ed il prezzo.

Non sussistendo questo pericolo, il giudice può accordare al compratore una dilazione più o meno lunga, secondo le circostanze.

Trascorsa la dilazione senza che il compratore abbia pagato, si pronuncierà lo scioglimento della vendita.

(1) Il giudicato è del 19 Agosto 1811. Esso venne confermato dalla corte di cassazione il 7 Settembre 1832 (Dal., 23, 1, 43). Del resto, i fatti mi sembrano esposti in confuso e con inesattezza nella raccolta che ho testè citata. Dicesi, per esempio, nella esposizione dei fatti, che l'acquirente aveva rivenduto *tutti* i beni compresi nel contratto impugnato; e risulta al contrario, dal giudicato, che egli aveva conservato porzione del podere. Dicesi che i sub-acquirenti erano autorizzati a pagare al compratore, ed invece risulta che dovevano ritenere il prezzo del loro acquisto, etc. L'uso delle decisioni è già in sè bastantemente pericoloso senza che se ne aumentino i pericoli con questi errori di fatto.

(2) Decisione della corte di Limoges del 19 Gennaio 1824 (Sirey, 26, 2, 183).

SOMMARIO.

663. Transizione.
664. La clausola resolutoria tacita non opera di pieno dritto. Regola che si devono seguire nel caso di vendita d' immobili.
665. *Quid*, nelle vendite di cose mobili?

COMENTO.

663. L' art. 1655 porge al giudice le regole da seguirsi onde pronunziare la resoluzione della vendita, in virtù della clausola resolutoria sottintesa nel contratto di vendita. Soltanto nell' art. seguente esso si occupa della clausola resolutoria espressa.

664. Ho già detto (1) che la clausola resolutoria tacita non opera di pieno dritto, che fa d'uopo sia domandata (2) al giudice, e che il compratore può ottenere una dilazione secondo le circostanze.

Il nostro articolo prende questa regola per punto di partenza; esso la proclama e la organizza per le vendite d' immobili. Ecco le sue brevi disposizioni.

Se il venditore corre pericolo di perdere la cosa ed il prezzo, per esempio, quando il compratore di un bosco molestato dai suoi creditori e in procinto di fallire, si dispone a tagliare tutte le piante senza lasciar fusto in piedi, l'art. 1655 vuole che la resoluzione della vendita venga decretata immantinente. Nessun termine di favore deesi accordare al compratore che ha cessato di presentare garanzia, e che offre soltanto motivi d'inquietudine. L'indugio è pericoloso: il giudice deve affrettare la resoluzione.

Se il pericolo non esiste, il giudice può accordare una dilazione più o meno lunga, secondo le circostanze. È inutile l' osservare che la concessione di questa dilazione è facoltativa, e che il giudice può negarla, se il compratore non ne è degno. Se questo termine spira senza che si effettui il pagamento, si deve decretare la resoluzione; essa spetta al venditore. Il giudice non potrebbe, senza fargli danno, accordare una nuova dilazione. Le espressioni dell'articolo 1655 indicano con chiarezza che non vi è più luogo alla proroga.

665. Ecco quali sono le regole per le vendite d' immobili.

Accade forse lo stesso quanto alle vendite di cose mobili?

È certo che qui ritroviamo il principio che la clausola resolutoria tacita non opera di pieno dritto. L' art. 1654 lo dice con assai chiarezza, e quell' articolo è generale; esso si applica a qualunque siasi vendita (3).

Ma tra le vendite d' immobili e le vendite di mobili, sorge questa differenza, che, nelle seconde, il venditore corre sempre pericolo di perdere la cosa ed il prezzo a cagione della facilità che ha il compratore di fare sparire la cosa. E da ciò deriva non potersi accordare delle dilazioni al pagamento.

Considerata da un altro lato, una proroga di termine avrebbe degl' inconvenienti gravi. È noto con quale

(1) *Supra*, n. 61 e seg.
(2) L' articolo 1654 si serve di questa espressione molto significante.
(3) *Supra*, n. 646.

prontezza variano i prezzi delle cose mobili. Durante la dilazione del pagamento, l'oggetto venduto potrebbe crescere di prezzo; ma se alla scadenza, il compratore non pagasse, e fosse un'epoca di rinvilio, il venditore sarebbe esposto a riprendere la sua cosa con perdita, ed a vedersi privato delle sue speranze di profitto.

ARTICOLO 1656.

Quando al tempo della vendita di un immobile siasi stipulato, che non pagandosi il prezzo nel termine stabilito, la vendita sia disciolta *ipso jure*, il compratore può non ostante pagare spirato il termine, finchè non è stato costituito in mora con intimazione della domanda; ma dopo questa, il giudice non può accordargli alcuna dilazione.

SOMMARIO.

666. Del caso in cui la clausola di resoluzione è espressa. Temperamento arrecato al rigore dei principii pel caso di vendita d'immobili.
667. Ma questa modificazione non ha luogo nelle vendite di mobili con clausula resolutoria espressa. Ragione di questa differenza.
668. Se fu detto che la vendita d'immobili avrà luogo di pieno dritto e senza intimazione, l'art. 1656 sarà inapplicabile. Disparere con Duranton.
669. Quando il compratore è stato costituito in mora da una intimazione, è egli in tempo di offrire il prezzo al venditore finchè la resoluzione non è decretata? Disparere con Duranton. La convenzione è decisiva contro la sua opinione.
670. Il testo della legge non lo è meno. Argomento *a contrario* che esso somministra, e che è decisivo.
671. Seguito. Confronto dell'artic. 1656 coi testi di Pothier e di Domat.
672. Seguito e conclusione.

COMENTO.

666. Il nostro articolo ci conduce al caso in cui la clausola resolutoria sia espressa; la formula di questa clausola è data dal testo che analizziamo: ***non pagandosi il prezzo nel termine stabilito*, *la vendita sia disciolta* IPSO JURE.**

Ho detto sopra (n. 61) che anche nel caso che la clausola non contenesse queste parole *di pieno dritto*, la resoluzione non sarebbe meno avvenuta *ipso facto*, e che il giudice non potrebbe verificare le cause del ritardo e accordare una proroga. Ciò resulta dall'articolo 1183, che è la regola generale.

Ciò nondimeno, in quanto concerne le vendite d'immobili, l'art. 1656 contiene un temperamento (1). Esso vuole, che quantunque la clausola resolutoria sia espressa e statuisca la resoluzione di pieno dritto della vendita, possa l'acquirente pagare fuori dei termini, finchè non è stato costituito in mora mediante intimazione. Ma dal momento che l'intimazione è fatta, la resoluzione è acquistata, ed il giudice non potrebbe sotto verun pretesto accordare una proroga.

667. Questa eccezione all'art. 1183

(1) *Supra*, *loc. cit.*

non dev'essere estesa alle vendite di mobili accompagnate da una clausola resolutoria espressa. In queste specie di vendite, lo spirare del termine convenuto opera virtualmente; il venditore non ha bisogno di fare una intimazione per costituire il compratore in mora, e questi non è ammesso a pagare fuori dei termini stabiliti (1). Ma nelle vendite d'immobili, il legislatore ha creduto dover mostrarsi meno rigoroso, ed ecco il perchè. La resoluzione genera conseguenze gravissime, dà luogo a dritti di registro considerevoli (2), turba lunghi possessi, lede i dritti dei terzi; dovette quindi essere scopo di una legislazione prudente l'accettare tutto ciò che salva il compratore e suoi aventi causa da una simile perturbazione, senza nuocere agl'interessi del venditore.

668. Se la convenzione esprimesse che la vendita verrebbe sciolta di pieno dritto, *e senza che facesse d'uopo d'intimazione*, penso, con Toullier, che non si potrebbe invocare il benefizio dell'art. 1656 (3). La forza della convenzione deroga qui alla legge, essa non permette al compratore di riabilitarsi mediante un pagamento tardivo. Duranton professa a torto, secondo me, un'opinione contraria (4); l'artic. 1139 insorge energicamente contro i suoi scrupoli, e d'altronde l'artic. 1656 non concerne talmente l'ordine pubblico, che la volontà espressa delle parti non possa uscire dalle sue disposizioni.

669. Duranton discute un'altra quistione, molte volte promossa dinanzi ai tribunali, e ch'ei mi sembra risolvere in modo inesatto (5).

Quando il compratore è stato costituito in mora di pagare, dall'intimazione di cui parla l'art. 1656 del Codice civile, è egli in tempo d'offrire il prezzo al venditore finchè la resoluzione non è stata decretata? Sì, risponde Duranton: imperocchè la legge null'altro proibisce al giudice fuorchè concedere nuova proroga. Ora, il compratore non la chiede. Egli reclama soltanto la facoltà di liberarsi. Egli soddisfa al voto del venditore, anzichè contrariarlo (6).

La corte di cassazione ha proscritto questa interpetrazione dell'articolo 1656, con giudicato del 19 Agosto 1824 (7). Essa decise che il compratore non poteva purgare la sua mora fuorchè quando non gli era stata fatta intimazione.

Questa decisione mi sembra preferibile a quella di Duranton. La ragione n'è semplice e non ho d'uopo d'andare a cercarla molto lungi; la rinvengo nella convenzione che scioglie tutto, e di cui Duranton non fa alcun conto.

Cosa vuole in fatti il contratto? Vuole, che se il pagamento non ha luogo in un certo tempo, la vendita si sciolga di pieno dritto. Questa stipulazione è precisa, nè fu inserita senza un fine. Essa non deve degenerare in vane parole comminatorie.

(1) *Supra*, n. 654.

(2) *Junge*, arg. dell'art. 1657.

(3) T. 6, n. 568, e 557. Arg. dell'art. 1139.

(4) T. 16, n. 376.

(5) T. 16, n. 377.

(6) Si cita a favore di questa opinione un giudicato della corte di Bruxelles del 7 Agosto 1811 (Palais, 1812, p. 637). Ma, 1° questa decisione è relativa a un affitto; 2° esistevano circostanze che annunziavano, dal lato dell'affittante, molta inumanità; 3° finalmente, la decisione, inspirata evidentemente dalla posizione interessante dell'affittajolo, fonda la sua prima considerazione su questo, che il patto commissorio è *comminatorio!!!* Dunque i giudici non han saputo trovare meglio che un errore per soccorrere l'equità!!

(7) Dalloz, *Oblig.*, p. 516.

Per dire il vero l'art. 1656 mitiga il rigore degli effetti di questa convenzione, permettendo al compratore di purgare la mora finchè non ha ricevuto l'intimazione di pagare; ma qui dee fermarsi cotesta limitazione apposta alla volontà delle parti. Non bisogna aggiungervi degl'impedimenti arbitrarii, che la legge non ha espressamente autorizzati, e bisogna dire che quando l'intimazione è fatta, la mora è acquistata presso a poco siccome nel dritto Romano ottenevasi in forza della sola scadenza del termine. Dunque da quell'istante la resoluzione è di dritto, ed al giudice resta soltanto il carico di decretarla.

Duranton insiste perchè l'articolo 1656 non contiene espressamente simile disposizione.

Ma quando ciò fosse vero, che monta il silenzio della legge? La convenzione non ha forse parlato?

670. Oltredichè non mi sembra esatto il dire che l'artic. 1656 è muto sulla nostra difficoltà. Credo poter sostenere ch'esso la risolve nel senso della convenzione.

Infatti esso dice: « il compratore può non ostante pagare spirato « il termine, *finchè non è stato costituito in mora con intimazione.* »

Dunque, quando è stato costituito in mora mediante una intimazione cui non ha obbedito, egli non può più pagare, ed il venditore deve riprendere la sua cosa. Al giudice null'altro resta fuorchè dichiarare la resoluzione.

Mi si dirà che questo è un argomento *a contrario*, e che questo modo di ragionare è sovente fallace. Ma io sono contento che qui esso sia conforme allo spirito della legge; ora, se non vogliamo violentare la convenzione delle parti, ed esagerare le modificazioni che l'art. 1656 credè dovere introdurvi, bisogna necessariamente convincersi, che l'argomento *a contrario*, somministrato dall'art. 1656, è veramente decisivo.

671. Nè potrebbesi abbattere valendosi delle ultime parole dell'articolo, che dice: *ma dopo questa, il giudice non può accordargli alcuna dilazione.* So che cercasi di porre innanzi coteste espressioni per sostenere che null'altro vuole il legislatore, fuorchè il pagamento non venga prorogato; e si aggiunge che qui non si tratta d'ottenere una dilazione, ma d'un pagamento attuale cui si vuol costringere il venditore a ricevere.

Secondo me, chi opina così comprende male il concetto del nostro art. Lo provo paragonando la sua disposizione con ciò che Pothier e Domat insegnano sull'effetto del patto commissorio nell'antico dritto Francese.

« Il compratore può dunque, dice « Pothier (1), *finchè la sentenza non « sia intervenuta*, quantunque dopo « lo spirare del termine, impedire la « resoluzione del contratto mediante « offerte. » Si vede che questo è presso a poco ciò che pur vuole oggi Duranton.

Domat aggiunge (2): « Le clausole resolutorie in mancanza di paga« mento al termine, o di esecuzione « di qualche altra convenzione, non « hanno l'effetto di sciogliere imman« tinente la vendita per tal mancan« za: *ma vien concessa una proroga « per ciò che è stato promesso.* »

Nell'antica giurisprudenza Francese due erano dunque le vie di re-

(1) *Vente*, n. 460.
(2) L. 1, t. 2, sez. 12, n. 12.

spingere il patto commissorio stipulato con la clausola *di pieno dritto*. Malgrado le convenzioni più solenni, il compratore poteva pagare fuori dei termini, e fino al giorno della sentenza; il giudice poteva eziandio accordargli un nuovo termine, se non aveva il mezzo di liberarsi. Così, da un lato, il compratore non era vincolato dalla sua promessa; dall'altro, il giudice poteva sostituire una nuova convenzione a quelle dei contraenti (1).

Il Codice ha obbedito ad altre idee, siccome già lo dimostrai (2). Egli ha espresso maggior rispetto per la volontà delle parti, e l'art. 1656 medesimo, che è di tutti il meno favorevole al patto commissorio, è molto più riservato dell'antica giurisprudenza, da cui ha inteso separarsi apertamente.

672. E però, vedete come procede!

Nella prima parte, si occupa del compratore. Ma ripete forse a suo riguardo le disposizioni piene di una condiscendenza eccessiva dell'antica giurisprudenza? No, altro non fa per lui fuorchè permettergli di purgare la mora, *finchè non è stato intimato*. Certamente queste espressioni hanno un senso significantissimo se si confrontano col passo di Pothier citato dianzi. È chiaro che il legislatore le ha usate soltanto per formulare un sistema tutto nuovo, e che, senza andare tanto in là quanto l'antico dritto Francese, senza mostrarsi tanto severo quanto il dritto Romano, esso ha inteso prendere un temperamento conciliatore di tutti gl'interessi, ed ignoto nella precedente giurisprudenza. La intimazione è dunque il termine cui si arresta la facoltà di purgare la mora; il compratore non potrà di suo arbitrio aspettare fino alla sentenza. La linea di confine tra i due sistemi è tracciata in modo così sensibile che deve apparire ad ognuno.

Nella sua seconda parte, l'articolo 1656 si occupa del potere del giudice, di quel potere che nell'antico dritto soccorreva al compratore vicino a perdere il suo dritto, e gli dava facoltà di differire il pagamento, quando di suo arbitrio non gli era più permesso ritardarlo. Bisognava che il legislatore moderno dichiarasse la mente sua sopra un tal potere; bisognava che approvasse o condannasse quella autorità arbitraria che sostituivasi alla volontà delle parti, e creava delle convenzioni; bisognava che dichiarasse se il giudice poteva o no riabilitare il compratore escluso dal dritto di pagare. Ebbene! questo è ciò che esso fece nel suo § ultimo, e quando dice, *il giudice non può accordargli alcuna dilazione*, egli respinge la dottrina rammentata da Domat, egualmente che nel primo § aveva modificato il punto di dritto insegnato da Pothier.

Duranton fa valere delle considerazioni di equità in favore del compratore che può trovarsi sorpreso da una intimazione improvvisa, nell'istante in cui ha abbandonato il suo domicilio, e che cionnondimeno verrà colpito senza pietà nè dilazione dal patto commissorio. Ma tutti questi scrupoli debbono venir meno al cospetto della convenzione che obbliga il compratore a tenersi pronto per pagare nel giorno indicato. Peggio per lui se non ha mantenuta la sua promessa e se ha violata la sua fede.

(1) *Supra*, n. 61,
(2) *Idem*.

ARTICOLO 1657.

Trattandosi di vendita di derrate ed effetti *mobiliari*, lo scioglimento della vendita avrà luogo *ipso jure* e senza intimazione a vantaggio del venditore, spirato il termine stabilito per riceverne la consegna.

SOMMARIO.

673. Passaggio. Della obbligazione di ritirare la cosa mobile all' epoca convenuta.
674. Il compratore è obbligato a ricevere.
675. Quando si debba ricevere la consegna se la vendita non stabilisce termine? Bisogna ricorrere agli statuti, che accordano un termine di dritto al compratore.
676. Se il compratore non riceve, il venditore è esentato dalla custodia della cosa.
677. Di più egli può far risolvere la vendita. Quando e come. Distinzioni.
678. Seguito.
679. Seguito.
680. La disposizione dell' artic. 1657 si applica alle materie di commercio. Confutazione delle autorità contrarie. Decisione notabile della corte di cassazione. Simili decisioni la fanno degna del titolo di corte regolatrice.
681. Il venditore può inoltre esigere dei danni ed interessi, oppure, se gli preme il contratto, può esigere che la cosa venga depositata a rischio del compratore.
682. Il compratore non può prevalersi della risoluzione.
683. All' epoca del ricevimento, il compratore deve pagare le spese che il venditore ha fatte per conservare la cosa.
684. *Quid*, se la cosa produce dei frutti che il venditore ha riscossi?

COMENTO.

673. Un nuovo ordine d'idee adesso ci si presenta. Dopo aver trattato negli art. precedenti della obbligazione del compratore di pagare il prezzo, il legislatore si occupa nell'artic. 1657 della obbligazione di ritirare la cosa mobile all'epoca convenuta.

674. Infatti, il ricevere la cosa, costituisce pel compratore una seconda obbligazione. « Si is qui lapides ex fun-« do emerit, tollere eos nolit, ex ven-« dito, agi cum eo potest, ut eos tol-« lat. » Ecco ciò che dice Pomponio nella l. 9, Dig. *De act. empt.*

675. Quando il contratto non segna alcun tempo pel ricevimento delle cose mobili vendute, il compratore non trovasi in mora di sodisfare alla sua obbligazione, se non gli è stata fatta intimazione giuridica (1). Ed il venditore può intimargli incontanente di prendere la consegna; imperocchè il contratto è puro e semplice. Non vi è termine che ne procrastini la esecuzione (2).

Bensì esistevano più statuti i quali davano al compratore un termine di dritto per certe mercanzie.

Lo statuto di Bar (Art. 197), permetteva al compratore di aspettare quindici giorni per ricevere il vino venduto.

Altri, in maggior numero, stabilivano venti giorni, non solo per il vino, ma anche per le altre merci (3).

Questi usi locali possono esser presi oggi in considerazione.

676. Bisogna vedere adesso quali

(1) Ulpiano, l. 4, § 2, Dig. *De peric. et com.*
(2) Pothier, *Vente*, n. 291, 292, e Pand., t. 1, p. 311, n. 12.
(3) Lo cito *supra*, n. 139. V. anche in Pothier, *Vente*, n. 292, un uso speciale all' Orleanese.

sono gli effetti della negligenza del compratore a ricevere la consegna (1).

Prima di tutto il venditore viene esonerato dalla custodia della cosa (2). « Vino per aversionem vendito, dice « Ulpiano, finis custodiæ est evehen- « di tempus (3). » Su di che Cujacio, che io pongo sulla stessa linea dei giureconsulti Romani, aggiunge: « Post « moram emptoris, quam fecit in ac- « cipienda re vendita, quæ offereba- « tur, venditorem in ea re præstan- « dum dolum tantum, non etiam cul- « pam (4). »

677. In secondo luogo, il venditore può discedere dalla vendita.

Su ciò bisogna distinguere alcuni casi.

Se la vendita fissa un termine per ricever la consegna, non presentandosi il compratore nel tempo indicato, la vendita è sciolta di pieno dritto e senza intimazione. Il nostro articolo lo decide espressamente. Vedremo tra poco che questa disposizione è tolta dagli usi antichi di Francia. Così il venditore potrà disporre della cosa, e rivenderla senza che il compratore moroso abbia ragione di reclamare.

La ragione di tal resoluzione operata di pieno dritto e senza ricorrere ai tribunali, deriva da questo, che il venditore ritiene tuttavia in sue mani la cosa, e che la vendita non venne effettuata; però l'intervento del giudice non è necessario per riporre le cose nello stato in cui erano prima della vendita, poichè non hanno cambiato situazione.

Bisogna quindi che il venditore non sia stato impedito dal fatto del compratore di approfittare delle variazioni di prezzo che sono sì istantanee e fugaci nel commercio delle cose mobili.

Del resto, l'art. 1657 non è stato fatto per le vendite d'immobili; la consegna o la immissione in possesso vi è meno importante, e le variazioni del prezzo non sono talmente mobili che lievi indugii possano cagionare un danno irreparabile (5).

678. Se la vendita non fissa termine per ricevere la consegna, ma se per l'uso locale il compratore è in mora al termine di quindici o di venti giorni (6), il venditore non avrà bisogno di fare intimazione a quel compratore, prima di disporre di pieno suo arbitrio della cosa ch'egli non è venuto a prendere, e cui si suppone abbia egli rinunziato.

Così decideva lo statuto di Auxerre (Artic. 141): « Il venditore di vini « non è obbligato a ritenerli presso « di sè più di venti giorni contando « dal giorno dell'acquisto e della de- « terminazione del prezzo, se non gli « aggrada... Ed il venditore può, *sen- « za altra intimazione*, *vendere ad « altri*, salvo il suo regresso per dan- « ni e interessi. »

Con questo spirito sono compilati gli statuti di Sens (Artic. 256), Bar (Art. 197), Laon (Art. 278), e Châlons (Art. 218). Si vede che la resoluzione *ipso facto* vi è scritta in termini espressi, e il nostro articolo si è semplicemente uniformato a quegli usi antichi.

(1) V. *supra*, n. 95 e 101, ciò che ha luogo nelle vendite a peso od a saggio.

(2) Ha parlato sopra, n. 317, 357 e seg., di quest' obbligo del venditore di custodire la cosa sino alla tradizione.

(3) L. 4, § 2, Dig. *De peric. et com. rei vendit.*

(4) Récit. solen. sulla l. 38, § 1, D. *De act. empt.*

(5) Portalis, *Exposé des motifs*, Fenet, t. 14, p. 124.

(6) Come negli statuti citati n. 675.

679. Se gli statuti tacciono, e tace anche la convenzione, il venditore non potrà disporre della cosa sua senza aver fatto al compratore una intimazione giudiciaria di ricevere la consegna in un dato termine (1). Ma conforme l'art. 1139 del Codice civile, questa intimazione basterà, e non sarà più necessario, come nel tempo di Pothier (2), di far decretare la resoluzione dal giudice (3).

680. È quistione il sapere, se quando la vendita è commerciale, e prescrive un termine per ricevere, venga sciolta di pieno dritto, conforme all'art. 1657, mancando il compratore di ricevere la cosa.

Pardessus insegua la negativa: « La semplice espressione del termi« ne accordato per ricevere le mer« ci e cose mobili comprate, non o« pera lo scioglimento del contratto « di pieno dritto e senza intimazione. « Un venditore, nel caso in cui il « prezzo delle cose crescesse, po« trebbe abusare di tal principio, di« cendo d'esser liberato pel solo fat« to del compratore, che non ha ri« cevuto il giorno stabilito.

« Però, se tale è stato l'accordo « delle parti, esso deve essere effet« tuato (4). »

Pardessus non cita mai gli autori, del che ha torto. Ve ne sono però molti e sommi a sostegno di cotesta opinione. Questi sono Malleville, uno dei compilatori del Codice civile (5), Bégouen, Cambacérès, Galli, e finalmente la discussione dell'artic. 1657 nel consiglio di stato (6). Per lungo tempo ho veduto questa opinione radicata nelle menti, e seguita nel foro siccome incontrastabile.

Essa è però estremamente inesatta.

L'art. 1657 non fa veruna distinzione esplicita tra le materie civili e commerciali; ed il Codice di commercio, promulgato molti anni dopo il Codice civile, non ha in alcun modo derogato a quell'articolo. Creasi dunque una eccezione arbitraria ponendo le vendite commerciali sotto l'impero di un dritto speciale.

Il processo verbale della discussione del consiglio, malgrado l'autorità un poco troppo solenne che gli attribuisce Cambacérès, non può prevalere contro un testo così generale nelle sue espressioni.

È contrario alla verità dei fatti il dire, esigere gli usi del commercio che nessuna vendita si sciolga senza che il compratore sia stato costituito in mora. Gli statuti di Auxerre, Sens, Laon, Bar e Châlons fanno prova irrefragabile del contrario.

« *I mercanti ambulanti e stranie*« *ri*, dice quest'ultimo statuto, *tanto* « *se danno caparra, quanto se non la* « *danno*, sono obbligati a prendere « la consegna della *mercanzia* nei ven« ti giorni, ed il compratore perde la

(1) Arg. della l. 1, § 3, Dig. *De peric. et com.*
(2) *Vente*, n. 291.
(3) *Junge*, Duranton, t. 16, p. 87.
(4) T. 2, n. 286.
(5) Sull'art. 1657.
(6) Fenet, t. 14, p. 81. « *Begouen* osserva che « quest'articolo sarebbe applicabile alle materie com« merciali, in cui però non si scioglie vendita senza « che il compratore sia stato messo in mora di rice« ver le merci. Allontanandosi da quest'uso, si ver« rebbero a dare troppi vantaggi al venditore nel caso « in cui il corso delle cose vendute aumentasse.

« *Galli* consente a ristringere l'art. alla vendita di « cose mobili. (Parlava anche delle merci.)

« *Cambacérès* dice che ogni equivoco verrà tolto « dal processo verbale, il quale indicherà che l'art. « non è applicabile alle materie di commercio. » L'articolo 1657 fu adottato con la soppressione della parola *mercanzia*.

« caparra se non la riceve nel detto « termine, sia pure rivenduta o no, « se non havvi convenzione o intima- « zione giudiciaria in contrario (Art. « 218). »

« *La merce venduta*, dice inoltre « lo statuto di Laon, si dee ricevere « dentro i venti giorni, se non vi è « convenzione diversa; e mancando a « ciò nel detto tempo, si perde la ca- « parra, *ed il venditore può fare il « suo vantaggio altrove della* SUA MER- « CANZIA (Art. 278). »

Pardessus, il quale, in mancanza di autorità, procurò dare una ragione plausibile del suo sistema, non mi sembra aver fatto buon uso della esattezza della sua mente. Ciò che infatti lo determina, siccome Bégouen, si è, che un venditore potrebbe abusare dell'aumento sopravvenuto nel prezzo della cosa venduta, per chiamarsi libero, e venderla altrove con maggior vantaggio. Ma, o io m'inganno molto, o questa ragione riesce eccellente per giustificare l'applicazione dell'art. 1657 alle materie di commercio, e per dimostrare che se non esistesse bisognerebbe inventarlo.

Nel commercio, infatti, molto più che nelle materie civili, bisogna che il mercante venga messo in situazione di trar partito dalla sua merce e profittare delle variazioni dei prezzi. Tutta la sua industria consiste nel vendere con benefizio, e cogliere le occasioni favorevoli per compensare le perdite che cagionano gl'improvvisi deprezzamenti. Che cosa avverrà nel sistema di Pardessus? Ecco un aumento che permette al negoziante di concludere un buon affare; il suo compratore non potrà certo lagnarsi ch'egli disponga della cosa, poichè, a cagione del suo ritardo a riceverla, s'intende ch'egli abbia abbandonato il trattato. Ma la cosa non andrà così; secondo Pardessus, bisognerà fare una intimazione al compratore, che forse ha il suo domicilio in una estremità della Francia!! Frattanto, la merce calerà di prezzo; il venditore non potrà più venderla con profitto; sarà forse obbligato a perdervi qualche cosa. Se invece di essere speculatore, fosse stato semplice particolare, egli avrebbe potuto fare una eccellente speculazione giusta l'articolo 1657; ma egli è speculatore di professione, e gli si vieta la speculazione!! Un tal sistema non è ammissibile!!

E però esso venne respinto da una decisione della corte di cassazione del 27 Febbrajo 1828 (1), annullante un giudicato della corte reale, che aveva adottato l'opinione di Pardessus, Malleville, etc. Piace il vedere la corte di cassazione meritare il suo epiteto di corte regolatrice, mediante decisioni distinte per tal senno e fermezza.

681. Finalmente, il venditore può intimare il compratore pei danni e interessi cagionati per ritardo del ricevimento.

Per esempio, se la mercanzia venduta occupa dei granaj, cellieri, cantine, magazzini, etc., il compratore deve indennizzare il venditore della privazione di quei luoghi durante la sua mora. Havvi di più; e, nel caso in cui il venditore non insistesse sulla resoluzione e preferisse tener fermo il contratto, potrà, dopo avere intimato al compratore di ricever la cosa, e nel caso di ritardo di questo, ottenere dal giudice che l'oggetto vendu-

(1) Dal., 28, 1, 146.

to venga depositato a rischio del compratore in altro luogo fuor di quello di cui il venditore ha bisogno (1). Fatto ciò, egli domanderà il pagamento mediante le consuete vie giudiciarie.

682. L'artic. 1657 è personale al venditore, od ai suoi eredi o aventi causa. Esso venne introdotto a suo favore, e l'acquirente non può prevalersene. I termini del nostro artic. si spiegano su ciò positivamente.

683. Se, quando il compratore si presenta onde ritirare la cosa, si verifica che il venditore ha dovuto fare delle spese necessarie per conservarla, il compratore ne lo deve indennizzare.

Ulpiano definisce in questi termini cotesta regola di equità costante, che si applica egualmente tanto se la cosa venduta è mobile, quanto se è immobile. « Venditor præterea ex vendito « agendo consequetur etiam sumptus « qui facti sunt in re distracta; ut pu- « ta, si quid in ædificio distracto ero- « gatum est. Scribunt enim Labeo et « Trebatius, esse ex vendito hoc no- « mine actionem. Idem et si in ægri « servi curationem impensum est, « ante traditionem; aut si quid in di- « sciplinas, quas verisimile erat etiam « emptorem velle impendi (2). »

Diocleziano e Massimiano ci hanno dato un altro esempio di questa regola: « Post perfectam venditionem « fœtus quoque pecorum emptori, « venditori vero sumptus, si quos « bona fide fecit, restitui debere no- « tissimum est (3). »

Fermiamoci a queste parole *bona fide* di quel testo istruttivo. Esse significano che il compratore deve il rimborso delle spese necessarie ed utili che il venditore avesse fatte come buon padre di famiglia. Quanto alle spese eccessive che gravassero il compratore oltre misura, il venditore non ha il dritto di recuperarle (4).

684. Osservate però che se, per la convenzione, o perchè il prezzo non fu pagato ancora, il venditore ha continuato dopo il contratto a raccogliere i frutti del fondo venduto, le spese di mantenimento debbono restare a suo carico (5); perchè queste spese sono un onere dei frutti.

Ma i grossi restauri gli vengono rimborsati; perchè sono un onere della proprietà, che appartiene al compratore (6).

(1) Art. 1264 del Cod. civ.

(2) L. 13, § 22, Dig. *De act. empt.*

(3) L. 16, C. *De act. empt.*

(4) Brunemanno, sulla L. 13, § 22, Dig. *De act. empt. Infra*, n. 760.

(5) Pothier, *Vente*, n. 293. L. 38, § 1, Dig. *De act. empt.*

(6) Pothier, dà altre ragioni, perchè, a suo tempo, i principii non erano i medesimi dei nostri, ed era necessaria la tradizione perchè il compratore divenisse proprietario (n. 293).

CAPITOLO VI.

Della nullità e dello scioglimento della vendita.

ARTICOLO 1658.

Indipendentemente dalle cause di nullità o di scioglimento sopra espresse in questo titolo, e di quelle che sono comuni a tutte le convenzioni, il contratto di vendita può essere sciolto mediante l'uso del dritto di ricupera o per la modicità del prezzo.

SOMMARIO.

685. Dell'annientamento della vendita. Nullità e resoluzione. Significato della parola resoluzione. Della differenza tra l'azione in nullità e l'azione in rescissione. Origine vera delle nullità di pieno dritto e delle nullità per via di azione.

686. Questa origine, ignota a quelli che diressero in Francia la pratica delle azioni, fu una sorgente di confusione. Senso della massima *le vie di nullità non hanno luogo*. D'onde essa deriva. Sforzi impotenti di Lorry per ispiegare razionalmente nel dritto Francese la differenza tra le nullità di dritto e le rescissioni. Annullazione delle lettere di rescissione, nel 1790.

687. Sistema del Codice civile sulle nullità e sulle rescissioni. Esso le lascia regolare dalle stesse forme. Vuole che venga demandata la nullità al giudice, come la rescissione, tranne alcune eccezioni. Esso sottopone le due azioni allo stesso termine, e le chiama con lo stesso nome, NULLITA'. Ciononondimeno vi si trovano ancora tracce dell'antica terminologia, e le nullità *di pieno dritto* sono poste in opposizione con le rescissioni. Senso moderno delle nullità *di pieno dritto*. Idea moderna connessa alla rescissione. Errore singolare del tribunato, che ignorò questa nuova eccezioni. Esame del sistema di Toullier. Rimproveri diretti al medesimo.

688. Epilogo. Importanza di questa discussione per la soluzione di alcuni quesiti. È forse lecito, per modo d'esempio, in causa d'appello, trasformare in rescissione una domanda di nullità, e viceversa? *Quid*, della lesione? La lesione rende forse nullo l'atto? Critica d'una decisione della corte di cassazione, inspirata dagli antichi principii, e mal motivata.

689. Della resoluzione. Difetto di compilazione dell'art. 1658, che annovera la lesione fra le cause di resoluzione.

690. Cause generali di resoluzione e di nullità. Rinvio.

691. Della resoluzione della vendita per consenso scambievole delle parti. Distinzione di più casi. Disparere con Duranton.

COMENTO.

685. Il presente capitolo tratta dell'annientamento della vendita.

Esso lo riferisce a due cause. 1a La nullità. 2a La resoluzione. E sotto questa qualificazione di resoluzione, esso abbraccia la resoluzione propriamente detta, e la rescissione.

Fermiamoci qui un momento per accennare le differenze che esistono tra queste cause di estinzione del contratto di cui abbiamo spiegato finora la formazione e gli effetti.

Nell'antica giurisprudenza esisteva una differenza distintissima tra l'azione in nullità e l'azione di rescissione; per conoscerne l'origine e valutarne la gravità, occorre ritornare più addietro, ed interrogare il dritto Romano.

Per quanto poco siasi studiato il

sistema del dritto Romano, dev'essere caduto sott'occhio il dualismo perpetuo del dritto civile e del dritto delle genti, ostile l'uno all'altro sotto le leggi delle dodici tavole, progredenti quindi in linea paralella sotto l'influenza dei pretori e dei savj, sforzantisi finalmente d'operare sotto gl'imperatori una fusione che mai potè divenire perfetta; circostanza che, a senno mio, lascia, sotto l'aspetto filosofico, il dritto Romano molto al di sotto del dritto Francese (1).

Nei primi tempi di Roma, il dritto civile era il solo onnipossente. Le sue prescrizioni erano inflessibili, sacramentali, e quando esso aveva assegnato ad un contratto una formalità o condizione qualunque di validità, e quell'atto non n'era investito, esso era nullo di pieno dritto; esso non era Romano, se così posso dire, e come tale, non produceva nè azione, nè obbligazione; era incapace di trasferire il dominio, e dava soltanto un semplice possesso destituito di causa (2). La parte poteva rivendicare come sua la cosa consegnata in virtù di quel titolo senza valore (3). E se non l'aveva consegnata, poteva opporre in perpetuo la nullità (4). In somma, tenevasi il titolo come inesistente per la sola potenza della legge, il cui volere non faceva d'uopo fosse dichiarato dal giudice. *Quod nullum est nullum producit effectum* (5).

Ma questo dritto civile, cui dettero forma i decemvIri in un'epoca tuttavia barbara, era singolarmente limitato nelle sue previsioni. La sua concisione, tanto ammirata da alcuni moderni eruditi, era povera di combinazioni e d'idee, segno d'infanzia delle nazioni; esso non aveva potuto afferrare la serie di relazioni e di bisogni che si dovevano generare più tardi per la civiltà; finalmente, sempre occupato da riti esterni onde commuovere i sensi d'un popolo rozzo ed ignaro d'ogni idea di morale astratta, aveva sacrificato la sostanza alla forma, e l'equità all'arbitrio.

È appunto in questa imprevidenza da un lato e dall'altro in quell'impero esclusivo della forma, che troviamo la spiegazione di quel fatto curioso quanto importante nella storia del dritto, voglio dire di quei contratti che, sebbene generati dal dolo, dalla violenza, o dall'errore, sussistevano a senso del dritto civile quando erano Romani per le solennità. In quella società dominata intieramente dalla tirannide delle formule, obbligava soltanto la promessa espressa in parole sacramentali (6). Dove non fosse stata promessa espressamente l'osservanza delle regole di buona fede, mediante una formula stabilita, era lecito conculcare la buona fede; perocchè la legge delle dodici tavole obbligava soltanto a mantenere quel che la lingua aveva profferito. *Satis esset ea præstari*, dice Cicerone, *quæ essent lingua nuncupata* (7). Voët si è ingegnato spargere il dubbio su questo fatto (8). Ma i documenti più certi non mancano a confutare i suoi scru-

(1) V. la prefazione di questo comento.

(2) Cujacio, sulla l. 7, D. *De dolo malo*.

(3) Cujacio, *loc. cit.*

(4) Furgole, Test., t. 3, p. 273, n. 116. *Junge*, Duranton, t. 12, n. 520.

(5) Perciò non facea d'uopo chiamare sentenze nulle pel dritto civile, *ipso jure*. V. il Com. di Voet, sul t. del Dig. *Quæ sententiæ*. Su questa massima, *Quod nullum est*, etc., bisogna veder Lepreatre, cent. 4, c. 45.

(6) *Supra*, n. 545.

(7) *Supra*, *loc. cit.*

(8) Ad Pand., *De dolo malo*, n. 6.

poli, generati da imperfezione di studio della storia filosofica di Roma (1). Vico, uno dei più sommi pensatori del secolo decimosettimo, ha delineato, con mirabile cognizione del progresso dell' umanità, questo tratto caratteristico del genio barbaro (2). Il sistema intiero del dritto Romano ce lo attesta ancora.

Quando Roma abbandonò le fasce dell'epoca sacerdotale e aristocratica, le idee si dilatarono, e il dritto delle genti, escluso dal dritto civile, reclamò ne' rapporti dei cittadini la sua parte imprescrittibile. I pretori ed i savj assunsero il carico di aprirgliene l'adito. Allora l'equità dimostrò che un gran numero di atti che il dritto civile considerava come validi, perchè avevano una forma esteriore irreprobabile, offendevano i sentimenti umani e i doveri di morale, che gli uomini si devono scambievolmente.

Cosa fecero allora i pretori? Essi non potevano considerare siccome nulli di dritto quegli atti che il dritto civile non proibiva. Ma immaginarono la via di compenso delle restituzioni in intiero (*in integrum restitutio*), che accordarono, per esempio, quando il contratto era carpito o per timore o per violenza (3), quando era ottenuto in forza di maneggi fraudolenti (4), quando era sottoscritto da un minore sedotto (5), o da un maggiorenne traviato da un errore (6), etc. In questi casi, il dritto civile, considerando soltanto l'apparenza del consenso, non somministrava mezzo per impugnarlo, se d' altronde era rivestito delle formalità legali, e se non erasi avuto la cautela di stipulare la formula *dolum habesse* (7). Una volontà illusa con dolo, o violentata, non gli sembrava perciò meno una volontà (8); in quel dritto così cieco e limitato, l' obbligo sussisteva, e la legge scritta non dava adito a rompere quel legame. Ma il pretore interponendo la equa sua potestà, esaminava i fatti, e restituiva la parte contro il contratto che non portava in sè pienezza di volontà e di deliberazione.

Ecco dunque il dritto delle genti posto in grado di esercitare molta e vantaggiosa influenza; ma il suo potere non era così pronto nè così diretto come quello del dritto civile. Questo annullava nell' istante della loro formazione e di pieno dritto, i contratti che condannava; quello aveva bisogno dell'espediente più lento della restituzione in intiero, e dell' intervento del magistrato per dichiarare lo scioglimento del contratto fino a quel punto obbligatorio. Tale è la vera origine delle nullità di pieno dritto, e delle nullità che si ottengono per via di azione. Le prime si chiamavano *ipso jure* (9) in opposizione alle seconde,

(1) V. d' altronde il fatto riferito da Cicerone, *supra*, n. 564.

(2) Vico, *Scienza nuova*.

(3) L. 21, § 5, Dig. *Quod metus causa*.

(4) L. 1, Dig. *De dolo malo*. Cicerone, *De natura deor.*, lib. 3, n. 30, *De officiis*, lib. 3, n. 14.

(5) L. 7, § 1, Dig. *De minorib. vigint.* Leg. 101, Dig. *De verb. oblig.* V. la prefazione di Pothier alle Pand., 3° esempio.

(6) L. 2, Dig. *De integrum restit.*

(7) V. il passo di Cicerone, riferito *supra*, n. 564. Egli parla di una vendita.

(8) *Si metu coactus*, aut *dolo* inductus, aut *errore* lapsus, stipulanti Titio promisisti quod non debueras promittere, palam est *jure civili* te obligatum esse (Giustiniano, Inst. *De except. in proem.*) V. ancora Cajo, Inst., com. 4, n. 116, 117 e 119. Nella legge 36, D. *De verb. oblig.*, Ulpiano chiama quel dritto civile un *dritto sottile*, *subtilitate juris*. Ma bisognerebbe dire cieco e tirannico.

(9) *Ipso jure*, id est, quod *jure civili* de obligandis ac liberandis reis constitutum est (Donello, com., lib. 24, c. 2, n. 3). V. Pothier (Pand., *De verb. signif.*).

perchè era il dritto civile, dritto superiore e privilegiato, vero dritto nazionale, che le colpiva, laddove derivavano le altre soltanto dalla equità e dalle innovazioni più timide dei pretori. Questo antagonismo tra il dritto civile e il dritto delle genti apparisce frequente nel dritto Romano. Ad esso vuolsi egualmente attribuire la differenza fra le proibizioni *ipso jure* e le eccezioni.

Quando il dritto delle genti e il dritto civile inclinarono ad avvicinarsi maggiormente, cotesta differenza nelle forme venne senza dubbio alquanto modificata; certe cause di nullità derivanti dal dritto delle genti si collocarono nella classe delle nullità *ipso jure*, onde favorire alcuni contratti privilegiati (1). Fu fatta una distinzione fra i contratti di buona fede e i contratti *stricti juris* (2). Si volle che i contratti di buona fede macchiati di dolo, di timore e di errore, fossero nulli *ipso jure* (3). Ma, in generale, durò a sussistere la differenza. Siccome lo scopo era presso a poco il medesimo, ciò bastava al genio Romano, amico delle pratiche antiche, e poco curante del bisogno della unità nelle forme e nelle azioni. Del resto, questa differenza altro più non era fuorchè l'eco lontano e languente di una vecchia contesa, che i progressi del dritto smorzavano ogni giorno.

686. Questo è ciò che non intesero quelli che diressero in Francia la pratica delle azioni; la loro ignoranza fu spesso dimostrata da'nostri giureconsulti e singolarmente da Loyseau. Essa apparisce in tutti i punti, ma soprattutto in quello concerne le nullità.

Vedendo che nel dritto Romano spettava al pretore l'accordare le restituzioni in integro per dolo, violenza, errore, minorità, immaginarono di trasferire codeste attribuzioni al re, di cui s'ingegnavano allargare il potere, e che proclamavano capo di ogni giustizia, e magistrato per eccellenza. Preoccupati da un tal sistema, eccederono anche nella imperfezione del dritto Romano, e nella smania d'ingrandire la sfera della regia potestà, e di riferire a questa ogni cosa, vollero bandire ogni distinzione fra i contratti di buona fede e i contratti *stricti juris*; esigettero l'intervento del re per annullarli tutti; perchè, dicevano, le leggi Romane sono leggi straniere, e le nullità che esse stabiliscono *ipso jure*, non sono applicabili ai sudditi del principe, se il giudice non ne ha ottenuto l'espres-

(1) Peres, ad Cod., *De his quæ metu*, n. 5.

(2) Peres, *loc. cit.*, *De dolo*, n. 4, 5, 6, 7 e 8. Voet, *loc. cit.*, n. 3. Cujacio, sulla l. 36, D. *De verb. oblig.*, e sulla l. 7, Dig. *De dolo*.

(3) L. 3, § 3, Dig. *Pro socio*. Ecco ciò che dice Cujacio sulla l. 36, Dig. *De verb. oblig.* « Regola est « certissima, dolum et metum dantem causam con- « tractui bonæ fidei, vitiare contractum *ipso jure*, quia « nihil est tam contrarium bonæ fidei, quam dolus aut « metus. L. *Eleganter*. Dig. *De dolo*. Diversum est *in* « *contractu stricti juris*, necessaria enim est exceptio « doli, vel actio de dolo. » V. anche il comento di Cujacio sulla leg. 7, Dig. *De dolo*. Egli si sforza di provare che già del tempo di Cicerone facevasi la distinzione fra i contratti *bonæ fidei* e *stricti juris*, quanto alla nullità *ipso jure*, e alle nullità per via di azione; e cerca di spiegare l'aneddoto che ho riferito, n. 564, dicendo che le parti avevano ridotto la cosa a un credito, *obligatio nominum*, e che conseguentemente era un contratto *stricti juris*. Ma trattasi di vendite, contratto di buona fede, e non dubito a credere che ai tempi di Cicerone non fossero ancora tanto inoltrati. Nel Digesto troviamo eziandio alcuni testi che vogliono la restituzione in integro per le vendite procurate con dolo. Cujacio gli spiega ingegnosamente nel suo sistema, ma io li considero come gli avanzi di un'antica teoria non ancora del tutto dimenticata.

so permesso da lui (1). Tale è la origine de' rescritti di rescissione, il cui uso si mantenne fino alla rivoluzione, con tanto maggior cura in quanto che era una formalità fiscale di considerevole introito. Mornac ci dice che i ministri e avvocati regii le rappresentavano siccome un omaggio reso alle prerogative reali, *in argumentum primarii, meri, majorisque imperii regum nostrorum* (2). Tale si fu questo uno de'molti mezzi di cui si giovarono i legisti per innalzare la potestà regia al di sopra di tutti gli altri poteri. Ma Molinèo, come colui che difficilmente s'ingannava, l'aveva in conto di formalità introdotta senza motivo da una cancelleria troppo questuante (*questuaire*) (come dicevano allora), e si vantava di aver consigliato il duca di Lorena di non mai introdurla nel suo ducato. Il re fu supplicato negli stati di Orléans di abolirla.

Comunque siasi, questo è l'uso che dette luogo alla massima *le vie di nullità non hanno luogo in Francia* (3), massima che significava che non si può far dichiarare una nullità statuita dal dritto Romano, senza invocare un rescritto del principe (4).

Sennonchè vi erano delle nullità che il giudice poteva dichiarare in virtù della potestà inerente al suo ufficio. Erano le nullità statuite dalle ordinanze e dagli statuti; le nullità basate sulla violazione delle leggi di ordine pubblico e dei buoni costumi; lo nullità che infettavano i testamenti; quelle risultanti da un'incapacità legale e assoluta di contrattare (5). I legali le chiamavano nullità di pieno dritto, *ipso jure*, per contrapposto delle nullità che abbisognavano di rescritti di rescissione. Ma cotesta denominazione imitata dal dritto Romano era forzata, dacchè in Francia tutti i contratti erano di buona fede, la equità base del dritto, e s'ignorava quell'antagonismo fra un dritto civile rigoroso e cavilloso, e un dritto onorario, liberale e pieno di equità.

Si vede con ciò come fosse una condizione molto bizzarra quella dei mezzi di rescissione. A Roma il dritto

(1) Coquille si spiega così: « Hanno messo fra dritti « regii le restituzioni in intero basate sopra *minorità, dolo, timore o violenza, a cagione del decreto velleiano, o a cagione di giusto errore, o per promessa fatta indebitamente e senza causa, o per inganno di più che la metà del giusto prezzo*, benchè « i rescritti sieno di giustizia senza grazia, il cui « rimedio ragionevolmente debba chiedersi al giudice « ordinario, secondo il suo ufficio di giurisdiziona. « Mi credo che la introduzione di un tal dritto sia « basata su questo, che il rimedio delle restituzioni « dipende dal dritto civile dei Romani, che non ha « valore di legge in Francia; e per autorizzare e rendere efficace l'allegazione che se ne fa, si ricorre « alla cancelleria del re onde ottenere rescritto. Imperocchè, in Francia, noi non osserviamo le leggi « Romane come vere leggi, ma per quanto contengono. Quando i privilegii delle università sono verificati in parlamento, vi si mette la modificazione, senza « riconoscere che il detto dritto Romano abbia forza « di legge in Francia; lo che non è richiesto per « far rescindere o dichiarare nulli i contratti o le disposizioni vietate dagli statuti o costituzioni dai nostri re, *che sono il nostro dritto civile*, nei quali « casi il solo ufficio del giudice basta; come *per le obbligazioni delle donne maritate non autorizzate, nelle donazioni fatte al tutore*, in fatto di usure. » (Inst. stat., p. 7 e 8). V. anche Bretonnier, nelle sue Quest. alphab., v° *Bénéfice de Restitution.*

(2) Sulla l. 21, Dig. *Quod metus causa*. Legrand biasima Mornac di avere approvato ciò (sopra Troyes, p. 180, art. 139).

(3) Loysel, Inst. stat., lib. 5, t. 2, n. 5. Delaurière, sopra Loysel.

(4) Questa regola, dice Lorry, non vuol dire altro sennonchè il dritto, vale a dire le leggi Romane, non hanno in Francia un'autorità talmente assoluta da operare le nullità delle cose che esse proscrivono (sul Trattato dai Dominii di Lefèbvre-Laplanche, l. 11, c. 7). V. Répert., v° *Nullité*, e Bretonnier, *loc. cit.*

(5) Répert., v° *Nullité.*

civile li rigetta, e vi vuol quasi una rivoluzione perchè vengano considerati. In Francia, il bisogno di servire l'autorità reale fa dire ai legisti che le leggi Romane non sono valevoli a farli ammettere di pieno dritto, e statuiscono che a volerli considerare fa d'uopo che il potere del giudice venga prorogato dal principe!!! e pure chi non sa che in tutte le altre materie il dritto Romano veniva giornalmente applicato, senza bisogno di rescritti della cancelleria?

Eravi specialmente un punto riguardo a cui coteste pretese nullità *ipso jure* non somigliavano quelle così chiamate nel dritto Romano; ed era questo, che quasi sempre bisognava invocare per azione il ministero del giudice onde dichiararle, laddove a Roma non era necessario ricorrere ad un'azione in nullità per ottenere quel risultato. Il dritto Francese volle che nessuno potesse farsi giustizia da sè. Paventava l'uso della forza brutale e individuale che aveva cagionato tanti disordini sotto il regime feudale. Esso procurò bandirla dalle relazioni della vita privata mediante le più savie cautele, e sottoponendo ogni cosa alla cognizione del giudice. Sennonchè vi erano certi casi di nullità assoluta e di ordine pubblico in cui l'atto cadeva da sè stesso, senza che fosse mestieri di farlo annullare. Potremmo citare ad esempio una convenzione per cui si fosse preso l'impegno di corrompere un giudice, di fare una cosa impossibile, di dare una cosa di cui ignoravasi la perdita, etc.

Checchè ne sia, ritroviamo dunque nelle forme del dritto Francese questa differenza non naturale fra le nullità *ipso jure* e le rescissioni, che i legali avevano appresa nei libri del dritto Romano, e che ad ogni costo avevano voluto introdurre nella giurisprudenza moderna.

Invano però spiegavano essi questa differenza attribuendola alla insufficienza di autorità del dritto Romano. Quando gli uomini assennati riflettevano alla necessità di questo intervento straordinario del re per le rescissioni, mentre che per le nullità *ipso jure* ogni cosa si definiva tra il giudice e la parte, vacillavano nella incertezza, e si sentivano trascinati nei sistemi e nelle distinzioni le più arbitrarie. Ascoltate quello che dice Lorry, celebre annotatore di Lefèbvre-Laplanche (1).

« Se prima che un atto sia formato, la legge lo ha proscritto, se essa ha proibito di contrattare così, l'atto è nullo di pieno dritto (2); esteriormente esso non produrrà verun'azione, interiormente non produrrà alcuna obbligazione; la sua formazione è stata un primo fallo (3), la sua esecuzione ne sarebbe un secondo. Se vien detto che *le nullità di dritto non hanno luogo in Francia*, convien guardarsi dall'equivoco di questa regola spesso male intesa in pratica. Questa regola dunque null'altro significa sennonchè il dritto, vale a dire le leggi Romane, non hanno in Francia un impero talmente assoluto da operare la nullità delle cose che esse proscrivono. Ma l'applicazione della nullità legale così spesso scritta nelle nostre leggi, è un'altra

(1) *Loc. cit.*

(2) Ma la legge non ha forse proibiti i contratti conseguiti per violenza, dolo, etc.? Non li proscriva forse quanto quelli che peccano per mancanza di forma?

(3) Ma la formazione di un contratto conseguito per frode non è forse un fallo?

« quistione. Se questa nullità è nella « forma dell'atto, per modo che sia « impossibile presentar l'atto senza « il suo vizio, in questo caso, l'ap« plicazione non presenta alcuna dif« ficoltà; non fa d'uopo di alcun soc« corso straordinario, basta dire al « giudice, guardate e pronunziate; la « legge stessa ha proscritto l'atto. Ma « se la cosa non presenta questa chia« rezza, allora quegli che vuole uni« re all'atto il comento che lo dee « distruggere ha, prima di farsi in« tendere, l'obbligo di distruggere « una grave obbiezione, qualora ei « sia l'autore dell'atto. Egli stesso ha « prodotto contro sè medesimo, in « epoca non sospetta, la testimo« nianza di una volontà di cui l'au« torità era spesso sovrana. Se egli « produce, in un'epoca in cui le « cose non sono più intere, la te« stimonianza di un volere contra« rio, è un pentimento tardo. Le « convenzioni, *libere nella loro ori« gine*, divengono quindi necessarie. « E vaglia il vero, questo argomen« to, desunto dall'apparenza esterio« re, *è una semplice illusione*. Ma que« sta illusione basta per riporre nel « caso di sollecitare l'intervento del« la pubblica potestà onde togliere « codesto velo ingannatore. A Roma, « si voleva il ministero del pretore; « in Francia esiste un solo vero ma« gistrato, ed è il re. In questo sta « inoltre la differenza tra il magistra« to ed il giudice. Il giudice null'al« tro troverebbe nel suo ministero « fuori della regola stretta della ese« cuzione dell'atto, se il magistrato, « in virtù di un'autorizzazione spe« ciale, non desse a quel ministero « una maggior latitudine. »

È da compiangere un ingegno alto ed intelligente, che dura una fatica improba per giustificare coi suoi sofismi l'errore di una pratica ignorante che si è smarrita nelle intricate vie del dritto Romano, e la fiscalità di una cancelleria avida, vivente degli abusi della scienza, e bramosa di onestarli con pretesti. Tutto è falso in questo paragone tra il re ed il pretore. Imperocchè se a Roma ricorrevano al ministero del pretore, nol facevano per dileguare una *semplice illusione*, *un velo ingannatore*; intendevano vincere il dritto civile *(jus civile)*, abrogarlo onorevolmente. Ora, questo dritto civile era qualche cosa di reale, anzichè *una illusione*; era una instituzione nazionale, non già *un velo ingannatore*. Al contrario, perchè interviene la potestà reale nelle materie di rescissione? Lorry confessa che interviene soltanto per *dileguare delle illusioni*. Ecco certamente un motivo d'intervento molto forzato. E perchè non lasciate agire il giudice ordinario, che statuisce su tutte le altre nullità, e che pel suo ministero è incaricato di sollevare in ogni materia *il velo ingannatore* onde si cela il cavillo, e distrugge *le illusioni*, mediante le quali i litiganti studiano sempre d'ingannare la giustizia? Non statuisce forse cotesto giudice intorno alle nullità per fatto di usura, di simonia, di difetto di causa, che sono anche esse nullità ascose, e non tolgono all'atto la sua apparenza di validità? L'antitesi che Lorry s'ingegna di far sorgere tra gli atti che sono nulli esteriormente e quelli che contengono delle nullità occulte, è qui dunque vuota di senso ed insussistente: essa non spiega nulla, e guasta inoltre tutto il sistema del dritto Romano col pretesto di perpetuarlo. Lorry è senza dub-

bio un giureconsulto egregio e di mente elevata; ma doveva per necessità fallire, nel volere spiegare razionalmente una instituzione, frutto del caso, della ignoranza e della fiscalità, e nel cercare di ringiovanire delle distinzioni che, nel passare dal dritto Romano nel dritto moderno, hanno perduto tutto il loro valore.

Checchè ne sia, l'errore di cui parliamo aveva fatto frutto.

Nè le differenze erano soltanto nelle forme dell'azione in rescissione e dell'azione in nullità; erano anche nelle condizioni della loro durata. Il rescritto di rescissione s'otteneva soltanto nei dieci anni, laddove l'azione in nullità durava trent'anni (1).

Così, per questi due motivi, era cosa importantissima per gl'interpetri e pei tribunali il ricercare accuratamente quali atti erano nulli *ipso jure*, e quali soggetti soltanto a rescissione. Per distinguerli si servivano di un *criterium* solo. Tutto ciò che potevasi annullare dal giudice, senza rescritti di rescissione, sottoponevasi ad una nullità *ipso jure*, e correva l'obbligo d'invocarne soltanto pei vizj del consenso che macchiavano i contratti. Potremmo domandare perchè i rescritti di rescissione non erano necessarii pei vizj di consenso nei testamenti, per l'usura e la simonia nei contratti. Ma non bisognava moltiplicare le domande ai difensori di quel sistema; essi avrebbero risposto con parole e non con ragioni; imperocchè mancavano a sostenere coteste anomalie la vita, il pensiero che le spiegavano nel dritto Romano. Quelle differenze esistevano perchè esistevano; e questa era la migliore e più breve ragione che potessero darne.

La legge del 7 Settembre 1790 rese omaggio al buon senso gittando giù quella vasta macchina di arguzie, e abolendo, cull'art. 20, l'uso d'impetrare rescritti di rescissione. L'art. 21 dichiara che in avvenire verrà proceduto nel caso di rescissione come in quello di nullità propriamente detta, e che sì l'una che l'altra azione verrà intentata nello stesso modo.

E così vediamo l'opera del ravvicinamento abbozzata dai pretori, ed interrotta incautamente dai legali Francesi, singolarmente promossa da quest'atto importante dell'assemblea costituente, che nel dritto civile è una delle sue felici innovazioni.

687. Cosa ha fatto il Codice in tutto questo.

Da primo, conserva l'opera dell'assemblea costituente, e lascia le due azioni in nullità e in rescissione regolate dalle stesse forme.

Oltredichè, come nel dritto antico, ammette che nessuno possa farsi giustizia da sè, e benchè una nullità venga qualificata *ipso jure* dall'uso, non cessa l'obbligo di farla dichiarare dal giudice. Insomma esso continua il principio che le nullità e le rescissioni si debbano domandare ai tribunali (2).

(1) Toullier, n. 597.

(2) Così, per esempio, la nullità profferita dall'art. 502 del Codice civile, che è una nullità *di dritto*, vuole essere domandata nei dieci anni, altrimenti s'intende sanata (art. 1304). Essa non opera dunque *ipso jure* e senza il ministero del giudice. Vi sono però alcune nullità assolute che, siccome l'ho detto al n. 686, non hanno bisogno di esser domandate. Possiamo citare una separazione di beni volontaria tra conjugi (artic. 1443 del Codice civile), un contratto di rendita vitalizia, creata in testa di un morto (artic. 1974 del Codice civile), etc. L'art. 692 del Codice di procedura civile presenta un caso in cui la nullità ha luogo *ipso jure*, senza l'intervento del giudice. *Junge*, Duranton, t. 12, n. 523.

Quindi egli fa fare un passo al punto di riunione delle due azioni sottoponendole allo stesso termine. (Artic. 1304.)

Finalmente, esso non esita a chiamare le cause di rescissione, *cause di nullità* (artic. 1110, 1111, 1113, 1116), e a dare il nome di *azione in nullità* a ciò che nell'antica giurisprudenza chiamavasi attentamente col nome di rescissione o di restituzione (1). Infatti la rescissione procede da una nullità intrinseca e viscerale che attacca il contratto nella sua origine, e che quando viene decretata, distrugge *ab initio* tutto quanto fu fatto. Nello stato di semplicità del nostro dritto, non abbiamo più motivo per evitare di servirsi del nome proprio, che il dritto Romano, per rispetto al dritto civile, non poteva proffferire, e che il dritto Francese aveva taciuto per ragioni fiscali. L'antico sistema è dunque sempre più scosso dalle sue fondamenta; ed anche oso dire è morto affatto, sebbene viva tuttora in una terminologia importuna ereditata dal Codice civile; imperocchè sia più agevole distruggere le cose che le parole.

Per esempio, nell'art. 1117 si legge: « La convenzione contratta per « errore, violenza o dolo, non è « NULLA *IPSO JURE*; ma essa dà luogo « soltanto ad agire PER LA NULLITA' o « RESCISSIONE, etc. »

E nell'art. 502: « Sarà NULLO PER « DRITTO qualunque atto fosse fatto « posteriormente, etc. » Ecco dunque delle nullità di *pieno dritto* messe in opposizione con le nullità e le rescissioni di azione.

Questi due testi sono formali. Sennonchè debbo dire che sono i soli in tutto il Codive civile che riproducono l'antico antagonismo delle parole (2).

Ora che cosa vuol dire il legislatore? Qual'è stato il suo pensiero?

E in primo luogo, non è possibile che egli abbia prese queste espressioni nella loro accèttazione vera e primitiva.

« IPSO JURE *fieri dicitur*, dice Brisson, *quod ipsa legis potestate et auctoritate* ABSQUE MAGISTRATUS AUXILIO, *et sine exceptionis ope fit*. »

« *Verba* IPSO JURE, dice Spigelio, « *intelliguntur* SINE FACTO HOMINIS. »

« IPSO JURE *consistere dicitur*, dice « Pratejo, *quod ex sola legum potestate et auctoritate*, SINE MAGISTRATUS OPERA, *consistit* (3). »

Tale infatti era il senso di queste parole nel dritto Romano, siccome è stato detto dianzi. Non facea d' uopo dell'intervento del giudice per dichiarare la nullità. Non era necessario fare istanza al medesimo per ottenerla (4). Ma potremo noi dire che tale sia il significato di coteste parole negli art. 1117 e 502 del Codice civile? Certamente che no. Nè si può sostenere, che un atto fatto da un interdetto sia nei nostri usi affetto di nullità tale, che trovisi privo di qualunque effetto senza che il giudice lo ab-

(1) V. Ubèro, sulle Inst. *De lege Ælia sentia*, n. 1. Egli fa apparire la differenza reale che esisteva nel dritto Romano.

(2) Malgrado ciò il Codice dichiara molte nullità!!! Art. 180, 181, 182, 183, 184 e seg.; 190, 191, 196, 176, 201, 202, 225, 271, 472, 502, 622, 943, 944, 945, 966, 1001, 1021, 1039, 1043, 1078, 1109 e seg.; 1172, 1227, 1234, 1304, 1338, 1443, 1451, 1453, 1538, 1596, 2185, 1970, 1598, 1599, 1600, 1601, 2054, 1974, etc.

(3) Pothier, Oblig., n. 599, e Pand., *De verb. signif.* V. anche Merlin, Quest. de Droit, v° *Papier monnaie*, § 4.

(4) *Junge*, Duranton, t. 12, n. 520.

bia annullato. Infatti, se la nullità non vien domandata nei dieci anni, s'intende sanata. (Art. 1304 del Codice civile.)

Queste parole *di pieno dritto* non significano neppure una nullità assoluta. L'atto passato dall'interdetto è sì poco nullo di nullità assoluta, che vincola la parte avversaria, e che di nuovo può il vizio sanarsi per lasso di tempo (1).

Finalmente, quando l'artic. 1117 dice che gli atti infetti di errore, dolo, etc., non sono nulli di pieno dritto, ma danno soltanto luogo ad un'azione in rescissione o in nullità, esso non intende esprimere che quegli atti sono validi in virtù del dritto civile, e che sono soltanto invalidi dal lato della equità; imperocchè la distinzione fra il dritto civile e il dritto onorario, che avea tanta parte nel dritto Romano, e che è la vera origine di tuttociò, non ha luogo fra noi. Gli articoli 1109, 1110, 1111, 1112, 1113, 1116, dichiarano, che il dolo, l'errore, la violenza, sono cause di nullità. Così parla il dritto civile, e così consuona colla morale. Egli è che vuole sia nulla la convenzione se priva di perfetto consenso. (Artic. 1108 e 1109.) Così dobbiamo riferire al dritto civile le nullità che non sono di pieno dritto, egualmente che la nullità che l'artic. 502 qualifica *per dritto*.

Qual' è finalmente l'idea che gli artic. 1117 e 502 del Codice vollero esprimere?

Consideriamo in prima l'art. 502. Bisogna paragonarlo coll'art. 503, che si occupa degli atti anteriori alla interdizione, e dichiara potranno essere annullati. Ecco quei due artic. che oppongono l'atto nullo di dritto all'atto sottoposto ad essere annullato! *Actum nullum, actui annullando.*

Questa opposizione ha un gran significato. Essa spiega positivamente ciò che cerchiamo. Nell' artic. 502, l'atto è nullo per la sola circostanza che fù passato dopo la interdizione. Invano si obietterebbe ch'è stato fatto in un lucido intervallo, che ha giovato all'interdetto anzichè riuscirgli dannoso!! Queste ragioni non verrebbero accolte. Basta che siavi stata violazione del precetto che proibisce, con fine d'interesse generale e senza curarsi dei casi particolari, di trattare con un individuo sottoposto legalmente alla interdizione. Trattasi di sapere se l'atto fu passato dopo il decreto d'interdizione. Interroghiamo le date: esse parlano in modo chiaro. È un punto materiale, esteriore, patente, di cui porta l'atto stesso la prova manifesta. E bene! questo fatto fu preveduto dal legislatore. La legge ha detto che in una tal circostanza havvi nullità. Il giudice non ha che un solo dovere; quello di decretarla. Poco importa che in sostanza l'atto sia innocente ed esente da ogni danno e da cattiva intenzione. Il dritto soverchia il fatto; esso vuole la nullità, esso la comanda, nè osserva il fatto che la può scusare. Vediamo che qui la legge opera tutto da sè, e lascia al giudice un solo ministero passivo. È dessa infatti quella che determina le circostanze di fatto, che le addita con una specie di precisione matematica, e che profferisce quindi la sua sentenza. Ecco il perchè certamente l'artic. 502 dice che la nullità è *di dritto*. Poichè, siccome è il dritto quello che compone il fatto e lo caratterizza legalmente, così ogni cosa è opera sua.

(1) V. il mio com. sulle Ipot., n. 497.

E siccome la ignoranza della legge non è ammessa in nessuno, ne segue che prima della sentenza del giudice, chiunque vede l'atto in discorso può dargli quella qualificazione che merita; dovunque viene considerato siccome nullo, chè la reputazione di nullità è per esso uno stato naturale e di dritto comune.

Al contrario, nell'art. 503 l'atto non può annullarsi se non quando havvi danno, e secondo certe circostanze che il giudice è incaricato di apprezzare nella sua saviezza. La legge non può prevedere queste circostanze: esse sono troppo variabili, troppo capaci di mutar faccia, troppo dipendenti dalla situazione delle parti. Essa dunque non cerca di comporre il fatto, di rinchiuderlo dentro limiti e condizioni inflessibili, di descriverlo in una maniera assoluta. Essa affida questa cura al giudice, cui incarica di ponderare la moralità del fatto, e quindi qualificarlo. D'onde deriva che il giudice agisce di concerto con la legge nel caso contemplato dall'articolo 503. E poichè i fatti, ignoti al legislatore, lo sono egualmente a tutti quelli che vedranno l'atto prima che il giudice se ne sia occupato, quell'atto passerà per buono. La presunzione sarà a favore della sua validità; esso sarà valido di dritto, come l'atto di cui parla l'art. 502 era nullo di dritto. Quindi è, che tutto cotesto mistero delle nullità di pieno dritto, di cui si è menato tanto rumore, potrebbe in sostanza riuscire a ben poca cosa, ad una quistione di presunzione, di buona o di cattiva reputazione per l'atto, sempre esposto però a venire annullato, malgrado la sua apparenza di validità, o sottoposto al caso della reabilitazione (1), malgrado il suo stato presunto ed apparente di nullità.

Nell'art. 1117, il legislatore non si occupa di atti nulli di pieno dritto. Esso procede negativamente. Indica più specie di atti che dice non essere nulli di pieno dritto, quantunque abbiano in sè un vizio radicale che altera la loro essenza (2); esso incomincia con gli articoli 1110, 1111, 1113, 1116, a dichiarare che l'errore, la violenza e il dolo sono cause di nullità. Ecco la regola. Ed è appunto il legislatore quegli che la stabilisce, dimodochè il giudice applicandola nol contraddice certamente (3). Ma siccome questi vizj non si suppongono mai, e d'altronde riposano sopra fatti occulti, di cui l'atto non fa prova, e che è impossibile circoscrivere anticipatamente in una formula costante, il legislatore presume che l'atto sia valido, finchè ciò che altera il consenso non venga provato. Egli vuole che quest'atto sia posto sotto l'impero del dritto comune, che vi goda fino a nuova deliberazione la stessa reputazione che gode un atto ordinario, tenuto e riconosciuto come esente da vizj attuali. Solamente l'art. 1117 permette che sia sottoposto ad un esame giuridico, e dà la formula per condannarlo, qualora ne apparisca un motivo. Ma egli si affida intieramente alla prudenza del giudice per rintracciare i fatti, valutare la loro gravità, assolverli o condannarli secondo la sua coscienza, che in questo caso è il solo *criterium* cui possiamo ricorrere. Così ci si dimostra quel carattere misto, quell'intervento concorde della legge e del

(1) Sia per lasso di tempo, o in virtù di ratifica.

(2) Art. 1108, 1110 e seg. combinati.

(3) È appunto questa lotta tra legislatore e giudice che aveva luogo nel dritto Romano.

giudice che osserviamo nel genere di nullità contemplato dall'art. 503. Non si può dire che sia una nullità di dritto, poichè il dritto si riconosce incompetente per occuparsi dei fatti particolari da cui deriva la nullità.

Dopo ciò, riesce chiara e naturale la differenza tra gli atti nulli di dritto e gli atti sottoposti ad essere annullati; ma al tempo stesso apparisce lontanissima dai principj del dritto Romano, cui non è possibile invocare su ciò. L'atto nullo di dritto è, nel linguaggio del Codice civile, come negli artic. 502, 503 e 1117 dello stesso Codice, quello che porta seco la prova della infrazione fatta alla legge, talmentechè in dritto ed in fatto la funzione del giudice trovasi limitata ad una semplice operazione materiale. L'atto soggetto a rescissione è quello di cui la nullità risiede in fatti nascosti, che la legge non intende dichiarare anticipatamente, perchè sono mutabili e multiformi in guisa tale, ch'essa è obbligata a lasciarli caratterizzare dal giudice, assolutamente padrone del punto di fatto.

Tale è il senso degli art. 502, 503 e 1117 del Codice civile combinati. Siccome sono i soli che parlino delle nullità di pieno dritto, è forza ricorrere esclusivamente ad essi per determinare il significato delle parole che hanno subito un cambiamento dai Romani sino a noi, e che ciascuno intende a suo modo. Qualunque altro senso è arbitrario; non è più in armonia col sistema del Codice civile.

Questo è ciò che sembra non aver conosciuto il tribunato nelle osservazioni che adesso si leggeranno.

Dopo avere esposto che vi sono delle nullità irreparabili, quali sono quelle contenute negli atti sottoscritti dagl'impuberi, che non sono obbligatorj per nessuna delle parti; quali sono quelle ancora che si rinvengono negli obblighi contratti per cause illecite, il tribunato aggiunge:

« Ma non è così riguardo agli obblighi contratti dal minore, dall'INTERDETTO, o dalla donna maritata. *La legge non li dichiara nulli di dritto!!!* Questa seconda classe di nullità è stabilita a favore del minore, dell'interdetto e della donna maritata. Sono nullità relative ad uno stato particolare di persone. »

È mai possibile immaginarsi che al cospetto dell'artic. 502 del Codice civile, la sezione di legislazione del tribunato possa dire che gli obblighi dell'interdetto *non sono nulli di dritto?* Certamente i giureconsulti che la componevano non ebbero presente la legge, ed erano ispirati dalle false idee che conservavano dell'antica giurisprudenza. Sotto la nuova legislazione, con le sue modificazioni, i suoi progressi, i suoi concetti del tutto nuovi, bisogna veramente chiudere gli occhi alla luce per insistere a riservare la qualificazione di nullità di pieno dritto alle nullità irreparabili, e per credere ch'essa non convenga alle nullità relative. Fa meraviglia di vedere quei che hanno fatto il Codice civile trattare in tal modo l'opera loro, e far più conto dei loro pregiudizj che dei proprj precetti!!!

Toullier si è accostato un poco più al vero nella dottrina che ha esposta sulle nullità di pieno dritto e le rescissioni o nullità per via di azione (1). Egli incomincia dal riconoscere con ragione esservi delle nullità che, senza essere di pieno dritto, operano in modo radicale e fondamentale. Egli

(1) T. 7, n. 526 e seg.

dice positivamente, che il contratto ottenuto con violenza, dolo, etc., è *essenzialmente e radicalmente nullo* (1), quantunque semplicemente soggetto a rescissione. Cionnondimeno neppure l'opera di Toullier va esente da rimproveri. Cotesto giureconsulto si è lasciato troppo sovente dominare dalle rimembranze esotiche dell'antica giurisprudenza. Egli ha torto, per esempio, nel credere che un atto nullo di pieno dritto sia semplicemente *un puro fatto, che non produce nè dritto, nè azione, nè eccezione* (p. 622), mentrechè l'art. 502 del Codice civile qualifica di atto nullo di dritto un atto che obbliga la parte che ha contrattato coll'interdetto, e che il lasso di tempo può sanare del suo vizio (art. 1304 del Codice civile). Finalmente Toullier attribuisce alla differenza tra le rescissioni e le nullità di pieno dritto, una importanza esagerata. Certo, non nego che cotesta differenza esista; ma non vedo che negli effetti principali essa pruduca cosa di gran momento.

Duranton (2) ha fatto un altro rimprovero a Toullier, d'aver insegnato, cioè, che le azioni in rescissione non sono azioni in nullità. Ma Duranton si è ingannato sullo scopo del professore di Rennes.

Che cosa ha voluto provare Toullier? Che una nullità di pieno dritto non è una nullità per via d'azione. E bene! questa stessa proposizione Duranton approva egli pure nel corso della sua dissertazione (3). L'errore si è nel pretendere che Toullier abbia voluto provare che una rescissione non è, sotto il Codice civile, una nullità. Imperocchè egli non cessa di chiamare la rescissione *nullità per via d'azione* (n. 521). Certamente, al cospettu degli art. 1110 e seg., che qualificano l'errore, la violenza, il dolo, quali *cause di nullità*, sarebbe un acciecamento troppo grave il pretendere che, nel sistema del Codice civile, la rescissione non sia un mezzo di nullità; anzi è una nullità radicale che priva il contratto d'una delle sue condizioni essenziali, e Toullier ne conviene esplicitamente (n. 521). Fu dunque male proposta la quistione da Duranton, ed egli si sforza per provare un punto che Toullier mai pensò d'impugnare. Ha solo sagacemente indicate alcune proposizioni erronee sfuggite a Toullier, invaso troppo dalle dottrine dei nostri antichi giureconsulti.

688. Diamo un'occhiata adesso al cammino percorso.

Il Codice civile ha ricondotto a un principio, a una forma e ad un termine comune, le azioni in nullità e le azioni in rescissione, tanto accuratamente separate nel nostro antico dritto. Sì le une che le altre procedono da una nullità; ogni azione in rescissione è un'azione in nullità, ed ha dritto a questa qualificazione, datale d'altronde dal legislatore in un gran numero di articoli. La nullità è il genere, la rescissione è la specie; e della giurisprudenza anteriore alla rivoluzione, nulla più resta fuori di alcune gradazioni di poco momento nei loro risultati, ed una terminologia che occorre limitare secondo il nuovo spirito del Codice civile.

Ciò premesso, sarà facile decidere una quistione la cui soluzione non potrebbe esser dubbia per chi non fosse preoccupato dai pregiudizj che l'au-

(1) T. 7, p. 616 e 627.
(2) T. 12, n. 525 e seg.
(3) *Loc. cit.*, n. 525, e t. 10, n. 104.

torità degli antichi autori suscita contro le modificazioni così razionali e chiare del Codice civile. Essa consiste nel sapere se, in causa di appello, una domanda in nullità possa trasformarsi in domanda di rescissione o viceversa.

L'affermativa secondo me è singolarmente evidente. Quando si domanda in prima istanza la nullità di un atto, poco importa l'ottenerla in appello mediante un mezzo di forma o in conseguenza di un vizio intrinseco, o per l'effetto di una rescissione. I mezzi possono variare purchè la domanda rimanga la stessa. (Art. 464 del Codice di proc.) Ora chi potrebbe negare l'autorità degli art. 1110, 1113 e 1116, che qualificano come *cause di nullità* l'errore, la violenza e il dolo, che sono i soggetti ordinarj della rescissione? Come chiudere gli occhi all'art. 1117 che chiama espressamente *azione per nullità*, l'azione per dolo, violenza, errore, e si serve, come di due sinonimi perfettamente identici, di queste parole, *azione per nullità*, *o rescissione*? Dunque, domandare la rescissione di un atto significa persistere nella stessa domanda, e soltanto produrre nuovi mezzi per sostenerla (1).

La difficoltà potrebbe esser maggiore se la rescissione fosse domandata per causa di lesione, perchè il Codice non dà mai a cotesta azione il nome di azione in nullità, e la chiama azione in rescissione (2). Ciononondimeno, la decisione non dovrebbe essere diversa. Infatti, qual motivo avrebbe avuto il Codice civile di fare una differenza tra la rescissione per lesione e la rescissione per violenza, dolo e errore? La lesione, nei casi in cui il Codice l'ammette, non vien presa in considerazione dal legislatore se non perchè *vizia le convenzioni*. È l'articolo 1118 che lo dice in termini chiari (3). Ora, un vizio è una causa di nullità. La convenzione affetta di lesione è dunque nulla; non già per nullità di pieno dritto (lo che importa poco), ma per nullità simile a quella contemplata dagli artic. 1110 e seg. In tutte le discussioni del consiglio di stato sulla rescissione della vendita per causa di lesione, fu riconosciuto esservi parità tra il caso di lesione, e quello di dolo e di errore (4). Tronchet diceva, che *la lesione infetta la vendita di un vizio che ne investe la sostanza*, *che non vi è consenso*, *che non esiste realmente contratto* (5).

Sennonchè prevalse dinanzi alla corte di cassazione un'opinione contraria a quella che propongo (6). Ma questa sentenza di esclusione sembra venisse determinata dagli antichi principj che il Codice abolì. D'altronde è motivata in un modo sì strano, che si confuta in certo modo da sè stessa. Essa stabilisce che l'azione in rescissione per lesione è una domanda principale, essenzialmente distinta dall'*azione di nullità per dolo*, POICHÈ SUPPONE LA VALIDITA' DEL CONTRATTO; che però questa domanda avrebbe dovuto esser proposta in prima istanza.

Che l'azione per lesione suppon-

(1) La decisione della corte di cassazione dell'8 piovoso anno XIII, citato nel Répert. (v° *Nullité*, p. 693), parla di una domanda di *annullazione di affitto*, lo che è una cosa diversa. V. cotesta decisione nella raccolta di Dal., v° *Demande nouvelle*, p. 789.

(2) Art. 887, 1674 e 1305.

(3) Essa costituisce il *dolus re ipsa* (discussione del consiglio di stato, Fenet, t. 14, p. 41, 43).

(4) Portalis (Fenet, *loc. cit.*, p. 49); Maroire (p. 55).

(5) *Idem*, p. 61.

(6) Sentenza contraria del 5 Novembre 1807 (Dal., v° *Demande nouvelle*, p. 790).

ga il contratto valido nella forma, lo consento; ma a che monta ciò, poichè vi sono delle nullità che riguardano le solennità, e che non sono meno assolute? Forse la domanda in nullità per dolo, che si formò in prima istanza, non suppone anch'essa che l'atto è esente da rimproveri quanto alle solennità? L'art. 1117 non vale forse a stabilire che l'atto criticato per dolo è valido fino alla prova contraria, e che l'attore ha una semplice azione in nullità che, finchè non riesce, non priva l'atto de' suoi effetti? Oltredichè, qual'è mai in sostanza la grave differenza tra l'accusa di dolo e quella di lesione enorme? Non tendono forse ambedue a crollar l'atto dalle fondamenta, a privarlo di quella pienezza di consenso che, giusta l'art. 1108, è una condizione ESSENZIALE *della validità di una convenzione?*

Dopo queste osservazioni, dee fare meraviglia che tal decisione della corte di cassazione abbia potuto citarsi come autorità. E pure alla di lei influenza debbonsi attribuire due giudicati di Agen e di Montpellier dei 29 Dicembre 1812 e 22 Maggio 1813 (1). Però è lecito sperare che simile errore non avrà seguito.

689. Il nostro articolo non sottopone soltanto il contratto di vendita ai mezzi di nullità comuni a tutte le convenzioni; esso lo distrugge aziandio mediante la *resoluzione;* e tra le cause che operano quest'effetto, esso indica il dritto di recupera e la modicità del prezzo.

Resulterebbe da ciò, che la rescissione per lesione è assomigliata ad una resoluzione della vendita, e ne assume eziandio il nome.

Ma è la prima volta forse che due cose così dissimili, quali sono la rescissione e la resoluzione, trovinsi confuse.

La resoluzione fa supporre che il contratto ha avuto un'esistenza valida; la rescissione, al contrario, che vi è stata una semplice apparenza di contratto, e che un vizio radicale impediva alla convenzione di avere una esistenza reale.

La causa della resoluzione risiede in un evento posteriore alla nascita del contratto, come è una condizione che si realizza *ex post facto*, una recupera esercitata a capo di un certo tempo. La causa della rescissione risiede in una nullità sostanziale, che rimonta alla nascita del contratto.

La resoluzione può aver luogo di pieno dritto; la rescissione non ha mai luogo in questo modo.

La resoluzione può essere amichevole.

La rescissione è sempre forzata (2).

Quando il Codice ha messo allo stesso livello la resoluzione e la rescissione per lesione, non ha potuto avere in mira fuorchè una similitudine nei loro effetti principali, vale a dire di ricondurre le parti al punto in cui esse erano prima del contratto (Art. 1183). Ma non è meno vero che sono separate nella loro origine, nella loro causa, e nei loro mezzi, da differenze radicali, che il legislatore non doveva trascurare. Il nostro art. 1658 contiene dunque una vera distrazione, o se vuolsi dir meglio, un difetto di compilazione che non può spogliare la lesione del carattere di un vizio intrinseco, che altera la convenzione fino dal suo nascere. Cotesto artic. vuole essere emendato coll'art. 1118, che colloca espressamente la

(1) Dalloz, v° *Demande nouvelle.*

(2) Toullier, t. 7, n. 551.

lesione nella classe dei vizj originarj di consenso.

690. Non intendo riassumere qui la descrizione delle cause generali di nullità e di resoluzione che possono sorgere dalla vendita. Molte sono già state rammentate, qual'è l'errore nel consenso (1), la incapacità (2), la mancanza di dritto di proprietà sulla cosa venduta (3), la violazione delle leggi di morale e di ordine pubblico (4), la non esistenza della cosa venduta all' epoca della vendita (n. 252), etc., la resoluzione per mancanza di pagamento del prezzo (n. 620), in forza di una condizione resolutoria (n. 59), per perdita di purzione della cosa (n. 252), per evizione parziale (n. 513), per eccesso di quantità nelle vendite a misura (n. 336), per servitù occulte e oneri non dichiarati (n. 533), per vizj redibitorj (n. 567), per mancanza di ricevimento della cosa mobile (n. 673), etc. Vi si può aggiungere la resoluzione operata da un rincaro del quarto nelle aggiudicazioni definitive per espropriazione forzata (5), per un rincaro del decimo nelle vendite volontarie, per l'abbandono per ipoteca (6), etc. Ma queste varie cause di nullità o di resoluzione essendo state bastantemente spiegate ai loro luoghi, non ne faremo più parola.

691. Adesso vogliamo solo occuparci della resoluzione della vendita in virtù del reciproco consenso delle parti.

La volontà delle parti può disfare ciò che ha formato (7).

Su di che sono a farsi alcune distinzioni per non incorrere in errori dannosi sulle conseguenze di una simile resoluzione.

1° Se la vendita è stata effettuata da ambe le parti, la convenzione intervenuta per iscioglierla è niente meno che una nuova vendita. « Non potest intelligi discessio, nisi ab eo « quod cœptum et nondum consum- « matum est (8). » Salvochè le parti non sieno state indutte ad annullare la vendita forzatamente, e in conseguenza di qualche causa di evizione. Non si può dire, in questo caso, che il contratto fosse al tutto perfezionato; dacchè rimaneva tuttavia l'adempimento di quest'obbligo di cui la inesecuzione dà luogo allo scioglimento (9).

2° Se la vendita è stata effettuata in parte, per esempio, se, consegnata la cosa, il compratore non paga il prezzo, il consenso reciproco e amichevole può sciogliere la vendita, e rimettere le cose nello stato in cui erano prima del contratto. Ecco una vera resoluzione, *potius distractus, quam novus contractus.* Gli effetti di questa resoluzione sono i medesimi di quelli che abbiamo indicati, quando abbiamo parlato della resoluzione ottenuta in giudizio (10).

E però, se quel fondo era proprio al venditore quando lo ha venduto, esso non diverrà un acquisto; esso ri-

(1) *Supra*, n. 13.

(2) *Idem*, n. 166 e seg. Proibizione di vendere fra marito e moglie, n. 185. Nullità del patto *De quota litis*, n. 196, etc.

(3) N. 234, 235.

(4) N. 249, qual'è la vendita di una successione futura.

(5) Mio com. sulle Ip., n. 720.

(6) *Idem*, n. 822.

(7) L. 35, Dig. *De reg. juris*. Pothier, *Vente*, n. 327.

(8) V. Molinèe, sopra Parigi, § 33, glossa 1, n. 19. Pothier, *Vente*, n. 330, e specialmente sopra Orléans, introd. al tit. 1. n. 134.

(9) Molinèe e Pothier, *loc. cit.*

(10) N. 651 e seg., e sentenza di cassazione citato al n. 633.

prenderà, dice Pothier, l'antica qualità di proprio che aveva prima. Imperocchè non è un nuovo acquisto, ma una cessazione dell'alienazione che aveva fatta (1).

Ne segue pure, che se il compratore avesse gravato l'immobile d'ipoteche, esse anderanno soggette alla resoluzione, perchè il venditore ricuperi la cosa sua franca e libera.

Malgrado ciò, Duranton professa un'opinione contraria (2): sotto pretesto che oggi la proprietà vien trasferita dal solo consenso (art. 1138 e 1583), e che perciò, anche prima della tradizione e di qualsivoglia pagamento del prezzo, il compratore è stato proprietario, vuole che la rinunzia delle parti si consideri come una nuova vendita, e che l'immobile non ritorni in possesso del venditore, fuorchè gravato della ipoteca legale della moglie del compratore, etc.

Questa opinione non mi sembra ammissibile. Imperocchè non posso concepire che uno scioglimento del contratto convenuto per via di accordo, e per evitare le spese di una procedura, abbia effetti diversi della resoluzione profferita con sentenza; una transazione equivale a cosa giudicata (art. 2052 del Codice civile).

L'opinione di Duranton si dovrebbe prendere in considerazione soltanto quando le parti sciolgono il contratto *ex causa voluntaria;* siccome allora non esiste difficoltà che serva di causa allo scioglimento, e che questo fu indotto soltanto dal puro pentimento delle parti, non può avere effetto retroattivo riguardo ai terzi (3). Ma, conveniamone, questa limitazione, buona in teoria, non è forse illusoria nella pratica? Mancheranno forse pretesti ai contraenti per simulare delle difficoltà e figurare una transazione? In qual modo potranno provare i terzi che la resoluzione si è operata *ex causa voluntaria?*

3° Se la vendita, quantunque perfetta, non è stata ancora effettuata, verranno applicate le distinzioni che abbiamo dianzi stabilite.

Vi sono due altre cause di resoluzione del contratto di vendita, di cui il legislatore si occupa nelle due sezioni seguenti; la facoltà cioè del retratto, e la lesione nel prezzo. Noi lo seguiremo nelle disposizioni che compongono dette due sezioni.

(1) Pothier, *Vente*, n. 329.
(2) T. 16, n. 387.
(3) V. il mio com. sulle Ip., n. 466.

SEZIONE I.

DEL RETRATTO CONVENZIONALE.

ARTICOLO 1659.

Il retratto convenzionale, ossia recupera, è un patto per cui il venditore si riserva di riprendere la cosa venduta, mediante la restituzione del prezzo capitale, ed il rimborso di cui si tratta nell'art. 1673.

SOMMARIO.

692. Della facoltà del retratto convenzionale. Sua origine. Il patto di recupera è la infanzia del credito. È il primo mezzo impiegato per assicurare gl'imprestiti nello stato imperfetto di civiltà. Esso favorisce l'usura.

693. Il sistema del retratto convenzionale è meglio definito in Francia e presso i moderni che nel dritto Romano. Sua definizione. Inesattezza delle denominazioni, *patto di retratto* o *recupera*. Non furono tolte dal dritto Romano, checchè ne dica Duranton.

694. Bisogna che il patto di retratto convenzionale venga apposto *incontinenti*, altrimenti sarebbe una pura rivendita.

695. Non bisogna confondere il retratto convenzionale col contratto pignoratizio.

696. Se si possa stipulare che il retraente pagherà un prezzo maggiore di quello che ha ricevuto. L'opinione che Pothier emette per l'affermativa non è ammissibile sotto il Codice civile.

697. Divisione della materia.

698. Se il dritto di retratto sia *jus ad rem*. Disparere con Pothier. Esso è al tempo stesso personale e reale.

699. Quando sia mobiliare o immobiliare.

700. Esso è di dritto trasmissibile agli eredi. *Quid*, quando il venditore lo ha riservato *per sè solo*?

701. Gli eredi del compratore debbono egualmente soffrire di dritto il retratto, quando anche alcuno minori.

702. Il dritto di retratto è cedibile. Spiegazioni sopra di ciò.

703. I creditori lo possono esercitare.

704. Rinvio per la divisibilità del retratto.

705. Il retratto può essere puro e semplice, e condizionale.

706. Esso può aver luogo nelle vendite di mobili e d'immobili.

707. Un minore può sottoporsi al patto del retratto.

COMENTO.

692. La facoltà del retratto chiamato pure *recupera*, o più esattamente *retratto convenzionale* (1), ci deriva dalle leggi Romane (2). Ne troviamo fatta menzione ancora nel dritto canonico (3). Questo patto era frequentissimo nel medio-evo; col medesimo si facevano tutti gl'imprestiti con pegno immobiliare, e stava in luogo del regime ipotecario, in quell'epoca rozza in cui la diffidenza nelle relazioni sociali, compagna abituale della imperfezione della civiltà, faceva ricercare preferibilmente le sicurtà manuali e le garanzie che il mutuante tiene in suo potere. Il patto di recupera è tuttavia molto in uso nel mezzodì della Francia; lo trovano più

(1) Tiraquello ha fatto un trattato su questa sorta di contratto. Esso è intitolato: *De retracto conventionali.*

(2) Fonti del medesimo. 1° L. 7, C. *De pact. inter emptor. et venditor. comp.* « Si a te comparavit is cu« jus meministi, et convenit, ut, si intra certum « tempus soluta fuerit data quantitas, *sit res inempta*, « remitti hanc conventionem rescripto nostro non ju« re petis. Sed si se subtrahat, ut jure dominii eam« dem rem retineat, denuntiationis et obsignationis re« medio, contra fraudem juri tuo potes consulere. « (Diocl. et Maxim.)

2° L. 2, C. medesimo titolo. « Si fundum parentes « ea lege vendiderunt ut, sive ipsi sive hæredes eorum « emptori pretium quandocumque vel intra certum tem« pus obtulissent, *restitueretur*, *teque parato satisfa« cere* conditioni dictæ, hæres emptoris non paret, « ut contractus fides servetur, actio præscriptis ver« bis, vel *ex vendito* tibi dabitur, habita ratione eo« rum quæ post oblatam ex pacto quantitatem, ex eo « fundo ad adversarium pervenerunt. « (Alexand.)

3° L. 1, C. *Quando decreto opus non est.* « Si pro« bare potes, patrem pupilli, cujus tutores convenis« ti, consensisse, *ut reddito tibi prædio* pretium re« ciperet, id quod convenit servabitur. «

4° L. 7, § 1, Dig. *De dist. pignor.* (Marciano). « Si quidem ita venierit, *ut si intra certum tempus « a debitore pecunia soluta fuerit*, *emptio rescindatur*, « intra illud tempus pecunia soluta, recepit hypothe« cam. »

5° L. 13. Dig. *De pignorat. act.* (Ulpiano). « Si « cum venderet creditor pignus, convenerit inter ipsum « et emptorem, *ut si solverit debitor pecuniam pretii « emptori liceret ei rem suam recipere*, ... ipse de« bitor aut vindicare rem poterit, aut in factum actio« ne adversus emptorem agere. «

(3) Extravagant., lib. 3, t. 5, *De empt.*, c. 1 e 2.

sbrigativo e più comodo pei piccoli capitalisti del sistema ipotecario, che non vi è inteso da tutti.

Bisogna però convenire che il patto di recupera è la infanzia del credito tra i particolari; esso priva il mutuatario della cosa sua e la fa passare tra le mani di un acquirente, che non si può affezionare alla medesima finchè il dritto di retratto è sospeso. Sotto questo aspetto, esso è un ostacolo al miglioramento delle proprietà ed ai progressi dell'agricoltura.

Da un altro lato, esso è favorevolissimo alla usura (1), e si presta agevolissimamente alle pretensioni che un creditore severo vuole imporre al suo debitore. Il dritto canonico lo stimava però lecito (2), nè si può dire infatti che sia usurajo di pieno dritto. Nel mezzodì della Francia l'ho veduto praticato da uomini integerrimi, che lo usavano come mezzo ipotecario. Ma è pur sempre vero che tra le mani di mutuanti avidi può divenire un istrumento pericolosissimo. Nelle provincie orientali, dove i costumi si sono piegati al regime ipotecario, è generalmente screditato; un uomo delicato adonterebbe di servirsene, e comunemente se ne giovano soltanto coloro, che vogliono mascherare imprestiti usuraj.

693. Il dritto di recupera ha ricavato dalla sua frequenza nella giurisprudenza dei popoli moderni un carattere d'invariabilità, un insieme di disposizioni precise e sistematiche che non ebbe mai nel dritto Romano.

Il Codice ha riprodotto nel nostro articolo la fisonomia ch'egli ebbe sempre in Francia. Esso lo definisce *la riserva di riprendere la cosa venduta, mediante la restituzione del prezzo capitale*, etc.

Da questa definizione resulta che il retratto non è una nuova vendita, ma lo scioglimento della vendita già fatta. *Est distractus potius quam novus contractus* (3). E però le espressioni *patto di retratto*, *patto di recupera* (4), non sono esatte, poichè nel contratto di cui si tratta non vi è retratto nè rivendita. È questa una denominazione volgare (5) che il Codice civile avrebbe dovuto rigettare. Quella di *retratto convenzionale* è più conforme al vero, ma meno usata in pratica.

Duranton ha detto che nel dritto Romano il patto di retratto *(pactum de retrovendendo)*, operava una rivendita tra il venditore e il compratore primitivi (6). Non conosco un testo che autorizzi tale asserto. Quelli che ho citati dianzi in nota provano al contrario positivamente che quel patto non operava oltre una resoluzione della vendita. La legge 7, al C., *De pactis inter*, si serve di queste parole, *sit res inempta*, che indicano, non già una rivendita, ma una annullazione *ipso jure* della vendita originaria, come nel patto commissorio. La legge 2, allo stesso titolo, considera la consegna della cosa nelle mani del venditore come una restituzione *(restitueretur)*, e gli dà onde ottenerla, non già l'azione *ex empto*, che compete al compratore, ma l'azione *ex vendito*, perchè lo considera sempre come venditore. La l. 7, § 1, Dig. *De distract. pignor.*, espri-

(1) Tiraquello, *loc. cit.*, præfat., n. 4 e 5.
(2) *Loc. cit.*
(3) Pothier, *Vente*, n. 412.
(4) *Re-emere*, ricomprare.
(5) Quod pactum *vulgus de retro-vendendo*, nonnulli, *de revendendo* appellant, dice Tiraquello, *loc. cit.*, præfat., n. 1.
(6) T. 16, n. 389.

me in proprii termini un' idea di annullazione, *emptio rescindatur*. I testi non soccorrono dunque in verun modo alla proposizione di Duranton.

So che molti comentatori considerano il patto di retratto come una nuova vendita (1), e bisogna anche convenire che in una certa epoca le loro opinioni hanno avuto, teoricamente parlando, un tal credito, che molti giureconsulti credevano che il dritto statutario, imprimendo al retratto convenzionale un carattere al tutto diverso, si fosse posto in opposizione col dritto Romano. Sono essi quelli che hanno creato la denominazione inesatta di *pactum de retrovendendo ;* Duranton ne parla come di cosa pertinente alla lingua del dritto Romano. Ma egli sbaglia. Nessuna legge del *corpus juris* ne fa menzione. Bisogna derivarla dal latino volgare del medio-evo, secondo il parere del dotto Tiraquello (2).

694. Ma perchè il retratto convenzionale si abbia a considerare non come vendita, ma come resoluzione della vendita, fa d' uopo che sia stato stipulato con la vendita stessa, che ne abbia formata una delle riserve. *Hujusmodi pactum*, dice Tiraquello (3), *esse partem contractus.* Imperocchè se fosse apposto *ex intervallo* ad una vendita pura e semplice in origine, sarebbe soltanto una rivendita, o una promessa di rivendita. Così pure insegna Pothier (4).

695. Non bisogna confondere la vendita con patto di recupera col contratto pignoratizio, che è soltanto un contratto d'imprestito dissimulato (5). Veramente questo contratto contiene una vendita col patto di recupera; ma vi è complicazione di due altre circostanze aggravanti che lo fanno considerare siccome usurajo, cioè, la modicità del prezzo e la sullocazione al venditore durante la facoltà della recupera. La circostanza di sullocazione è principalmente notabile e decisiva. Essa dimostra la simulazione cui le parti vollero ricorrere; toglie qualunque carattere di elienazione e quindi di vendita ad una convenzione mediante la quale il compratore non prende possesso, lascia il godimento al venditore, e gli riserva una via per riacquistare la proprietà (6).

696. Ma la riserva convenzionale di recupera è forse da considerarsi come contenente un patto usurajo, quando è subordinata all' abbligo di pagare un prezzo maggiore di quello della vendita?

Secondo Pothier (7) una simile convenzione non è illecita in sè stessa, perchè la recupera non essendo dovuta al venditore in forza della natura del contratto di vendita, può venire obbligato all' acquisto. Quando anche la somma pagabile per esercitare la recupera fosse eccessiva, la convenzione non recherebbe al venditore alcun pregiudizio; dacchè è in sua facoltà non pagare la detta somma non esercitando la recupera.

La corte di Parigi ha seguito quest' autorità, dichiarando valida, nel

(1) Zoannetto, *Tract. de empt. vend. sub pacto de ret.*, n. 111, e molti altri. Voet gli ha seguiti (ad Pand. *De lege commissor.*, n. 7); ma Pothier gli ha confutati, n. 412.

(2) V. il passo citato dianzi.

(3) § 1, glossa 2, n. 1.

(4) *Vente*, n. 413 e 432. *Junge*, Duranton, n. 390.

(5) V. Merlin, Repert., v° *Contrat pignoratif*, e Tiraq., tit. final.

(6) Giudicata di Montpellier, 25 Agosto 1829 (Dal., 30, 2, 153).

(7) *Vente*, n. 414.

suo giudicato del 9 Marzo 1808 (1), una clausola di recupera per cui un individuo che aveva venduto un immobile per 27,000 lire, si era obbligato a non ritirarlo dalle mani del venditore eccettochè pagando la somma di 35,000 lire (2).

Delvincourt biasima, e con ragione questa dottrina favorevole all'usura (3). Non già perchè, secondo la sottigliezza del dritto, un patto simile repugni alla natura del contratto di vendita; ma quasi sempre cotesta stipulazione asconde, in fatto, un imprestito usurajo, ed interessi esorbitanti. È lo stesso come se il compratore prestasse una somma capitale di 27,000 franchi, ed esigesse che il mutuatario gliene rendesse 35,000. Egli ha ricevuto in pegno per la somma di 27,000 fr. un immobile che ne vale forse 36,000; e s'ingegna di ritenerlo per un prezzo così basso, se il supposto venditore non gli restituisce una somma maggiore a quella ricevuta. In tal modo egli abusa della critica situazione del mutuatario per imporgli durissime condizioni! egli moltiplica le difficoltà per impedirlo di recuperare il pegno immobiliare!! Egli aggiunge al capitale prestato una somma considerevole, che rappresenta chiaramente degl' interessi illeciti. Ardisco credere che la dottrina di Pothier, per quanto sia grave, perchè professata da un giureconsulto di tanta moralità e rettitudine, debba cedere al cospetto di così potenti considerazioni. Pothier ha guardato soltanto alla esteriorità del contratto; ha raziocinato come se si trattasse di una vera vendita, mentrechè la più infallibile esperienza pratica dimostra che l'imprestito di danaro è ciò che domina in simili convenzioni. Oltredichè, l'art. 1659 sembra rendere oggi inammissibile l' opinione di Pothier. Servendosi di queste espressioni, *mediante* LA RESTITUZIONE *del prezzo capitale*, esso esprime apertamente che il venditore deve restituire soltanto la somma che ha ricevuta.

697. Dopo queste considerazioni preliminari, svilupperemo le regole che vanno annesse alla materia del retratto convenzionale.

Ecco a quali oggetti principali esse si riferiscono.

Prima di tutto, quali sono le qualità diverse di cui è rivestito il dritto di recupera?

A quali persone può imporsi, e a quali specie di vendite si applica?

Quanto tempo può egli tenere sospeso il compratore? (Artic. 1660, 1661, 1662, 1663.)

Qual'è la posizione del venditore finchè la facoltà del retratto minaccia il compratore? (Art. 1665.)

Qual'è la posizione del detto compratore? (Art. 1665.)

Quale azione produce il dritto di retratto? (Art. 1664.)

Quali formalità si devono adempire per esercitare il retratto convenzionale? (Art. 1662.)

Quali sono i motivi d'inammissibilità che si possono opporre al medesimo? (Art. 1662 e 1665.)

Quali sono le prestazioni reciproche dovute tra il venditore e il compratore? (Art. 1673.)

Finalmente, qual'è l'effetto del retratto? (Art. 1673.)

(1) Dalloz, *Vente*, p. 901.

(2) Avvertite però che l'accordo era stato fatto prima della legge del 3 Settembre 1807, che ha regolato l'interesse convenzionale.

(3) T. 3, p. 159, note. *Junge*, Duranton, t. 16, n. 429.

La soluzione di tutte queste difficoltà sta per presentarsi successivamente nell'analisi che ora svolgeremo dell'art. 1659 e degli artic. seguenti.

698. Il dritto di recupera, dice Pothier (1), non è propriamente un dritto che il venditore abbia nel fondo venduto con questa clausola: esso è un *jus ad rem*, piuttosto che un *jus in re*. Il venditore non è più proprietario della cosa; egli ha soltanto il dritto di divenirlo un'altra volta, e non n'è che il creditore condizionale.

Ma queste idee sono del tutto complete? non havvi forse qualche cosa che si aggiunge al dritto contro la persona, e che penetra fino nella sostanza della cosa venduta?

In dritto, è certo che l'onere della recupera invade la cosa, e la tiene rigorosamente vincolata all'adempimento dell'obbligo contratto dal compratore; e cotesta unione è così intima e profonda, che segue l'immobile in qualunque mano esso passi. Il dritto di recupera è dunque un dritto più possente di un semplice dritto alla cosa. Esso è della natura di quelli che si chiamano *personalia in rem scripta* (2), e che ritengono la cosa sotto il proprio giogo, nè permettono che sfugga loro.

Del resto, si potrà trovare il correttivo della opinione di Pothier, in ciò che lo stesso autore insegna nella sua introduzione al tit. 18 dello statuto di Orléans, sez. 2, n. 9.

699. Il dritto di retratto è immobiliare quando è un immobile il suo oggetto; è mobiliare quando è un mobile; imperocchè *jus assumit naturam rei pro qua competit*.

700. Esso è trasferibile agli eredi del venditore, quantunque nel contratto non siasi fatta menzione di loro (3).

Se però apparisse che le parti vollero restringerlo tassativamente alla persona del venditore, questa convenzione dovrebbe rispettarsi.

Su di che gli antichi autori hanno agitata la quistione di sapere se queste espressioni, *riservato al venditore solo (venditori tantum, soli venditori)*, escludono gli eredi.

Alcuni giureconsulti opinavano che essi non potessero venire ammessi all'esercizio del retratto: *Quia dictiones taxativæ affirmative positæ, omnes alias personas et casus, præter expressos excludunt* (4).

Ma Tiraquello prova che è un abuso di quella massima (5). Egli argomenta da questo testo decisivo di Pomponio: *Sed etsi creditoris* DUNTAXAT *persona comprehensa fuerit, etiam hæres ejus jure vendet* (6). La ragione di ciò si è che gli eredi rappresentano il venditore, e gli succedono nella sua qualità. Pothier è della stessa opinione (7).

Si obietterà che con questo modo d'interpetrazione la clausola restrittiva perde ogni sua virtù, e che pure non bisogna supporre nulla di soverchio ed inutile in un contratto? Ma si risponde, che se essa non ha il potere di escludere gli eredi, impedisce

(1) *Vente*, n. 384.

(2) *Supra*, n. 674 e seg.

(3) L. 2, C. *De pactis int. emt. venditor.* Tiraq., § 1, glossa 6, n. 1 e seg. Despeisses, t. 1, p. 43, col. 2. Pothier, *Vente*, n. 389.

(4) Arg. della legge *non solum*, § *tale*, Dig. *De libert. legat.*

(5) § 1, glossa 6, n. 3, 4 e seg.

(6) L. 8, § 4, Dig. *De pignor. act.*

(7) *Vente*, n. 290. *Junge*, Brunemanno, sulla l. 2, C. *De pact. int. empt.*, n. 6.

almeno al venditore di cedere il suo dritto a de' terzi estranei. Essa ha dunque un gran valore, poichè toglie al patto di retratto il suo carattere di cedizione.

701. L'obbligo di soffrire il retratto convenzionale è anch'esso trasmissibile agli eredi del compratore (1), quando anche questi eredi fossero minori; imperocchè la minorità non è un ostacolo perchè il compratore o i suoi rappresentanti si spoglino della cosa comprata a patto di recupera (2). Invano si direbbe che questa è un'alienazione che si può fare soltanto secondo certe formalità particolari; la recupera non è una rivendita; non è singolarmente un'alienazione volontaria; è una resoluzione della vendita che aveva fatta il venditore.

702. Il dritto di retratto è cedibile; esso non è esclusivamente annesso alla persona del venditore (3). Questa proposizione oggi è talmente certa, che non è più possibile impugnarla (4). Ciononndimeno vediamo nelle controversie di Fachineo che un tempo ha trovato degli oppositori.

Riguardo a ciò si è presentato un caso notabile innanzi la corte di cassazione.

Un individuo aveva venduto i suoi immobili con recupera per cinque anni. Mentrechè il compratore investito della cosa rimaneva esposto a quel dritto di retratto, il venditore originario vendè a dei terzi quegli stessi immobili e li surrogò in tutti i suoi dritti per esercitare la recupera.

Esercitatosi dai cessionarii il retratto, l'acquirente oppose loro che erano compratori della cosa altrui, e che il loro titolo era nullo.

Così facevasi abuso di alcune espressioni inesatte contenute nella cessione per isnaturare il suo oggetto vero; in sostanza era una pura alienazione del dritto di retratto anzichè della cosa stessa. Quindi è che il sistema del compratore venne successivamente proscritto da una sentenza di Parigi 23 Giugno 1828, e sentenza di cassaziono 7 Luglio 1829 (5).

D'altronde, quando anche la cessione fosse stata meno chiara, quando anche il venditore avesse venduto senza spiegazione la cosa stessa gravata del suo dritto di retratto, sarebbe pur sempre d'uopo chiamare una saggia interpetrazione in ajuto di questa convenzione; e nel caso in cui si temesse come vendita della cosa altrui (6), sarebbe pur sempre giusto farla valere come semplice cessione del dritto di recupera. In virtù della regola: « Qui actionem habet ad rem « recuperandam, rem ipsam habere « videtur (7) », il venditore ha potuto considerarsi siccome proprietario della cosa. In forza d'una confusione che si capisce facilmente, egli ha venduto la cosa in luogo di vendere l'azione. Ma dacchè la cosa e l'aziono sono così intimamento collegate, sarà dovere d'un giudice nemico del *summum jus*, sostituire mediante la interpetrazione l'azione alla cosa, e riparare l'errore della parte, che nel-

(1) Tiraquello, § 1, glosse 5, n. 26 e 27.

(2) *Idem*, Pothier, *Vente*, n. 387.

(3) *Supra*, n. 224 e seg.

(4) Tiraq., *De retract. gentil.*, § 26, glossa 3, n. 1. Despeisses, p. 43, n. 7 e 15. Fachin., Controv., l. 2, c. XI. Pothier, n. 391, *Vente*. Cassazione, 25 Aprile 1812 (Dal., *Vente*, p. 902). Torino, 17 Germinale anno XII (*idem*).

(5) Dal., 29, 1, 293.

(6) Provo, *infra*, n. 741, che non sarebbe nulla sotto quest' aspetto.

(7) L. 15, Dig. *De reg. juris*.

le parole ha posto la cosa in luogo dell' azione.

703. Non solo il retratto è cedibile, ma i creditori del venditore possono anche esercitarlo in vece del loro debitore (1).

704. Il retratto convenzionale vuol considerarsi sotto l' aspetto della sua divisibilità tanto attiva che passiva; ma quanto dobbiamo dire intorno a quest' argomento si riferisce alla interpetrazione degli art. 1667 a 1672.

705. La convenzione di recupera può essere pura e semplice, o condizionale.

È pura e semplice quando il venditore si riserva il dritto di rientrare nell' immobile restituendo il prezzo.

Quanto alle condizioni da cui può farsi dipendere la facoltà del retratto, esse variano in modo infinito. Troviamo l' esempio d' una condizione molto rara in pratica in un giudicato della corte di cassazione del 7 Giugno 1814 (2). Con atto del 10 Frimajo anno X, Guérin aveva venduto a Villé due appezzamenti di terra con patto che nel caso di morte di Villé senza averne disposto, potrebbero il venditore o suoi eredi riprenderne il possesso rimborsando il prezzo, le spese legali ed accessorie. Questa condizione fu giudicata valida dalla decisione suddetta (3).

706. Il retratto convenzionale può stipularsi nella vendita di mobili come in quella d' immobili (4). Ma converrà esaminare con cura se la vendita di mobili accompagnata da quella clausola non asconda un imprestito con pegno, in cui siasi voluto dissimulare un patto commissorio, proibito dall' art. 2078 del Codice civile.

707. È lecito a tutti il sottoporsi al patto di retratto. Può senza difficoltà inserirsi nella vendita fatta ad un minore (5). Ne abbiamo dette altrove le ragioni (6).

(1) Despeisses, p. 44, n. 16, V. *infra*, n. 740.
(2) Dalloz, *Vente*, p. 902.
(3) V. in fatti Pothier, Oblig., n. 48.
(4) Delvincourt, t. 3, p. 158, nota. *Junge*, Duranton, t. 16, n. 391.
(5) Pothier, *Vente*, n. 367.
(6) *Supra*, n. 701.

ARTICOLO 1660.

Il dritto di retratto non può stipularsi per un tempo maggiore di anni cinque.

Quando fosse stipulato per un tempo maggiore, si riduce al termine predetto.

ARTICOLO 1661.

Il termine fissato è perentorio, e non può essere prorogato dal giudice.

SOMMARIO.

708. Perchè il retratto convenzionale durasse trent' anni nell' antica giurisprudenza. Il dritto Romano permetteva stipulare *per sempre*? Disparere con Duranton.

709. Il Codice civile ha abbreviato il tempo del retratto onde meglio consolidare la proprietà ed il credito. Il termine più lungo del retratto è cinque anni.

710. Esso può essere più breve.

711. Se il compratore lo possa prorogare. Spiegazioni relative. Non è lecito rinunziare anticipatamente alla prescrizione.

712. Il termine corre dal giorno del contratto.

COMENTO.

708. Il discredito annesso alle vendite con recupera, e gl' indizii di usura che sorgono dalla loro natura stessa, avevano indotto l'antica giurisprudenza a soccorrere il venditore, prolungando quanto era possibile il termine del retratto. Conseguentemente il retratto convenzionale si prescriveva soltanto nei trent'anni (1). Il parlamento di Tolosa usava eziandio prorogare fino a quel termine di trent'anni il tempo della recupera ridotto dalla convenzione ad una minor durata (2); esso supponeva che il venditore non era stato libero. Sennonchè questa era una giurisprudenza di eccezione. Giusta il dritto comune, tuttociò ch'erasi creduto poter fare a maggior favore del venditore, fu il decidere che quantunque il termine in cui dovevasi esercitare la recupera fosse regolato dal contratto, il venditore non decadeva mai di pieno dritto dalle sue ragioni; doveva il compratore ottenere una sentenza che ne dichiarasse la esclusione; altrimenti il venditore conservava il dritto di esercitare il retratto, purchè il termine di trent'anni richiesto per la prescrizione legale non fosse trascorso (3).

Del resto, quando anche fosse stato convenuto che il venditore potrebbe operare il retratto *per sempre*, giudicavasi in Francia che cotesta stipulazione si dovesse ridurre a trent'anni (4). È vero che un gran numero di dottori volevano la facoltà del retratto fosse imprescrittibile in questo caso (5), e secondo Mysinger, così decideva la camera imperiale. Ma questa giurisprudenza tendeva evidentemente ad eludere i principj che non vogliono si renunzj ad una prescrizione non acquisita. Mi ha fatto meraviglia il vedere che lo stimabile professore Duranton abbia imputata al dritto Romano questa facoltà di stipulare *per sempre* il patto di retratto (6). Il dritto Romano non ha mai avuto principj particolari intorno alla durata dell' azione di recupera. Non bisogna confondere col dritto Romano le opinioni più o meno capricciose di autori che hanno soltanto scritto intorno alle leggi Romane. Abbiamo già veduto come Duranton non stia sempre in guardia contro cotesta confusione (7).

709. Il Codice civile non si è basato sulle stesse idee dell' antica giurisprudenza per determinare la prescrizione del dritto di retratto. Esso si è preoccupato meno dell' interesse del venditore che dell' interesse pubblico, il quale soffre sempre quando la incertezza regna sulla proprietà. Esso ha avuto in mira di sgravarla per quanto era possibile, e renderle la libertà sì favorevole al commercio, all' agricoltura ed al credito.

(1) Pothier, *Vente*, n. 392, e sopra Orléans, t. 14, sez. 2. Statuto di Parigi, artic. 108. Tiraq., § 1, glosse 2, n. 1 e seg. Statuto di Orléans, artic. 269. Despeisses, t. 1, p. 46, n. 12. Caronde, lib. 2, c. 31.

(2) Despeisses, t. 1, p. 42, n. 7.

(3) Brodeau, sopra Louet, I. R. cap. 12, Pothier, *Vente*, n. 437.

(4) Pothier, *Vente*, n. 485. Despeisses e Tiraq., *loc. cit.* Tiraquello cita, p. 28, una decis. del parlamento di Parigi.

(5) Tiraq. gli ha citati, n. 15 e seg. Fachin., Controv., lib. 2, c. 13. Fabro, C., lib. 7, t. 13, def. 3.

(6) T. 16, n. 394.

(7) *Supra*, n. 693.

Conseguentemente, l'artic. 1660 decide che il dritto di retratto non si potrà stipulare che per cinque anni. Questo termine è sembrato sufficiente perchè il venditore si procurasse i danari che gli sono necessarj per rientrare nel suo patrimonio alienato.

Se il dritto di retratto è stato stipulato per un termine più lungo, esso di pieno dritto vien ridotto a cinquo anni. *Jus publicum privatorum pactis mutari non potest* (1).

Il giudice non può sotto verun pretesto prorogarlo, dacchè il termine ò perentorio (art. 1661).

710. Ma le parti possono stipulare che il retratto verrà esercitato in tempo più breve. Questa convenzione è protetta dalla legge, la di cui predilezione si volge prima di tutto alla libertà della proprietà. Questo termine convenzionale è egualmento perentorio. Il giudice non può prorogarlo. Quando è spirato, senza esercizio del retratto, il contratto vien sanato di pieno dritto, siccome dirò comentando l'art. 1662, ed il compratore resta proprietario.

711. Ma se il giudice non può prorogare il termine di cinque anni, lo potrà fare il compratore, libero come è di rennnziare al suo dritto e di non approfittare della esclusione incorsa dal venditore?

Nell'antica giurisprudenza l'affermativa era certa. *Remedii loco, quidam inducendum putaverunt*, dice il presidente Fabro, *ut ex conventione redintegretur et resuscitetur jus redimendi, quandocumque et quotiescumque præscriptionis locum factum esse contigerit* (2), e quel magistrato approva questa opinione, che è quella ancora di Baldo (3).

Io non la credo incompatibile con la nuova legislazione; nulla infatti impedisce che il compratore abbandoni il suo dritto alla prescrizione; e questo è ciò, se non m'illudo, che l'art. 1661 vuole esprimere quando dice limitativamente: « Il termine fissato è « perentorio, e *non può essere proro-* « *gato dal giudice.* » Il compratore lo può dunque prorogare. Egli null'altro fa fuorchè rinunziare ad un dritto acquisito.

Intorno a ciò si rende necessaria una spiegazione.

E prima di tutto, la proroga non può autorizzarsi prima che non sia perfezionato il tempo della prescrizione. Se il termine non fosse compito, la proroga sarebbe nulla, conterrebbe rinunzia ad una prescrizione non perfezionata, e l'art. 2220 rigetta cotesta rinunzia; si verrebbe d'altronde così ad eludere la disposizione dell'art. 1660. Bisogna dunque che il termine fatale sia giunto; soltanto allora è permessa la rinunzia giusta lo stesso articolo. Abbiamo veduto nelle parole del presidente Fabro come quel dotto giureconsulto la intendesse così.

Se la prescrizione de' cinque anni si perfeziona, e se il compratore vuole prorogare il termine, rinunziando così a far uso del suo dritto, la convenzione che interviene è valida; ma è meno un seguito della precedente recupera, che un patto al tutto nuovo, meno una resoluzione della vendita precedente, che una promessa di vendere del tutto nuova: « *Hoc i-* « *gitur, ut repetam, non est propria*

(1) L. 38, Dig. *De pactis.*
(2) Cod., lib. 7, t. 13, def. 3.

(3) Ad cap. *Si quis per 30 annos. Si de feudis controv. faer.* in usibus feudor.

« *prorogatio*, dice Tiraquello, *sive ex-* « *tensio*, *sed potius renovatio*, *aut si-* « *mile quidpiam* (1). » Il compratore è divenuto proprietario mediante la prescrizione (art. 1662). Promettendo di retrocedere la cosa al venditore primitivo, esso fa atto d'alienazione; esso rivende così come se vendesse a favore d'un terzo.

Deriva da ciò una conseguenza grave ed osservabile; ed è questa, che la promessa così fatta non si prescriverà più per cinque anni. L'art. 1660 cesserà d' essere applicabile, poichè più non trattasi d'una facoltà di retratto; si ritornerà nei termini del dritto comune (2). Oltredichè, quando il venditore originario si presenterà per ritirare la cosa, non si opererà più una resoluzione. Questa cosa non rientrerà più in sua mano *ex causa primæva et antiqua*; egli non potrà esigere che gli venga consegnata libera dalle ipoteche ed oneri di cui sarà piaciuto al compratore gravarla; i terzi che avranno acquistati dei dritti sull' immobile li conserveranno (3). L'art. 1673 non sarà applicabile meglio che l'art. 1660. Duranton giunge anch' egli a questa conclusione (4), ma in forza di ragioni che mi sembrano molto deboli, e che, secondo me, non feriscono nel vivo la difficoltà.

712. Il termine per esercitare il retratto corre dal giorno del contratto, e non dal giorno della consegna (5).

(1) V. *supra*, n. 694, e Tiraquello, § 1, glossa 7, n. 24 e 25.

(2) V. sulle Promesse di Vendita, i numeri 114, 115 e seg.

(3) Tiraq., § 1, glossa 7, n. 24. Arg. degli Stat. del Maine, c. 373, e di Anjou, cap. 363.

(4) T. 16, n. 399.

(5) Despeisses, t. 1, p. 46, col. 1, n° 10. Pothier, *Vente*, n. 438. Tiraquello, § 1, glos. 2, n. 66. Intorno alla quistione di sapere se il giorno *a quo* sia compreso nel termine, V. il mio com. sulle Ipoteche, n. 293 e seg. V. pure un giudicato di Besançon del 20 Marzo 1819 (Dal., *Vente*, p. 905).

ARTICOLO 1662.

Non proponendo il venditore la sua azione di retratto nel termine prescritto, il compratore rimane proprietario irrevocabile.

SOMMARIO.

713. La scadenza del termine rende di pieno dritto il compratore proprietario.
714. Quando s'intenda esercitata l'azione di recupero.
715. Antica dottrina esposta da Tiraquello.
716. *Quid*, sotto il Codice civile? Giurisprudenza favorevole al venditore.
717. Ragioni per difenderla.
718. Necessità delle offerte.
719. Ma le offerte debbono essere reali? Opinioni in favore e contrarie.
720. Non è necessario che le offerte siano seguite da deposito.
721. Basta forse che siano verbali? La giurisprudenza lo decide così.
722. Prima di tutto, conviene avvertire ai termini della convenzione.
723. Nel dubbio, bisogna dichiararsi pel venditore.
724. Obiezione sciolta.
725. Se il preliminare di conciliazione sia necessario per l'azione di recupera.
726. Dei motivi d'inammessibilità contro l'azione di recupera. 1° Prescrizione. Rinvio. 2° Rinunzia.

COMENTO.

713. L'art. 1662 opera una notabile innovazione. Esso vuole il venditore decaduto di pieno dritto dall'esercizio del retratto quando non ha profittato del termine che gli era accordato. Esso proscrive l'antica giurisprudenza che esigeva ottenesse il compratore una sentenza contro il venditore (n. 708). Esso dichiara che la scadenza del termine, senza l'esercizio del retratto, rende il compratore proprietario irrevocabile.

714. Quali sono gli atti che costituiscono l'esercizio del retratto dal lato del venditore? In qual forma la sua azione dev'essere introdotta o diretta? Questa quistione è importante, dacchè per essa si può ottenere la cognizione dei mezzi che conservano illesi i dritti del venditore.

715. L'antica giurisprudenza ci può offrire in proposito alcuni utili documenti.

Secondo i testi dello statuto di Poitou, comentati da Tiraquello (1), il venditore doveva, durante il termine di grazia, offrire il prezzo della vendita al compratore; se questi ricusava riceverlo, il venditore doveva depositarlo legalmente, durante quel termine stesso (2). Egli doveva, dopo ciò, sempre prima della scadenza del termine (3), citare il compratore. Mancando a queste formalità, il retratto era male esercitato, e il venditore perdeva i suoi dritti.

Ma Tiraquello c'insegna che il dritto comune non si mostrava tanto severo. Bastava che le offerte e la intimazione di rilasciare i beni venissero fatte prima dello spirare del termine di grazia (4). Ma non era necessario che la citazione in giudizio fosse fatta nello stesso termine. Questa dottrina di Tiraquello è preziosa per noi, perchè si riferisce ad un'epoca in cui il parlamento di Parigi non aveva ancora messo in uso la necessità delle sentenze di perdita di dritto.

716. Il Codice civile non ha ordinato le forme dell'azione di retratto; così esiste molta disparità di opinione sulla quistione di sapere in qual modo debba essere intentata. C'ingegneremo di schiarire le difficoltà che emergono da questo punto di dritto.

In primo luogo osserviamo che il nostro articolo fa dipendere la conservazione del dritto del venditore dal *proporre la sua azione nel termine prescritto*.

Volendo stare alla lettera di queste espressioni, ne risulta che il venditore deve presentare prima del ter-

(1) § 4, glos. 1, 2, 3 e seg. L'art. 277 di quello statuto dice così: « Colui che vuole esercitare il re- « tratto e avere alcuna cosa in virtù di una grazia « o convenzione, deve, in caso di rifiuto, *dentro il « termine di grazia*, fare la sua offerta di tutto il ca- « pitale, prezzo o annualità, se è una rendita, e fare « la citazione formale a causa di retratto e dietro ri- « fiuto del danaro. E deve depositare immediatamente « tuttociò che statuisce la grazia del retratto. Altri- « menti, l'offerta del retratto non sarebbe fatta in « modo valido. E se, dopo fatto il deposito, egli ri- « prendesse le cose depositate, s'intenderebbe avere « rinunziato al detto retratto. »

(2) Tiraq, § 4 glossa 6, n. 36.

(3) Idem, n. 38.

(4) Nec tamen prætermiserim, ex hac eadem consuetudine videri et citationem quoque in hoc retractu fieri debere etiam ante tempus reventitionis finitum; *quanquam de jure communi videtur satis esse oblationem et interpellationem fieri ante id tempus, nec requiri citationem etiam fieri ante idem tempus.* § 4, glossa 6, n. 37.

mine del retratto una citazione di conciliazione, e che tale citazione dev'essere seguita da un aggiornamento giusta gli art. 2245 del Codice civile e 57 del Codice di procedura civile; poichè è appunto con simili atti che si esercita un'azione in giustizia; dal che resulta che se la citazione di conciliazione viene presentata fuori dei termini, oppure se, essendo stata notificata in tempo utile, non vien seguita da aggiornamento nel mese, si perde il dritto.

Cionnondimeno, così non è stato interpetrato il nostro articolo dalla giurisprudenza. Essa ha creduto che la parola *azione* non si dovesse prendere nel suo stretto significato; che l'esercizio dell'azione in retratto era sufficiente quando, nel termine, il venditore aveva fatto al compratore una intimazione accompagnata da offerte; che una tale intimazione bastava a interrompere la prescrizione e conservare tutti i dritti del venditore; che fatta la detta intimazione, questi poteva presentare la sua dimanda al giudice fuori dei termini (1).

Questa giurisprudenza viene approvata da tutti gli autori moderni (2), che si limitano a giustificarla col favore di cui gode il retraente.

717. Ma io credo che per difenderla vi sieno delle ragioni più valide assai di una semplice allegazione di favore. Imperocchè questo favore dovrebbe esser mai un pretesto per trascurare la legge?

Leggendo l'insieme della sezione che ci occupa, ci si presenta una prima considerazione. Ed è, che queste parole *non proponendo la sua azione di retratto*, equivalgano a queste, *mancando di valersi del patto di recupera.* Il legislatore usa continuamento queste due locuzioni l'una per l'altra negli art. che seguono (3). E ci convince specialmente di questa sinonimia il confronto degli art. 1668 e 1669. La stessa idea vi si trova espressa ad ogni tratto coll'uno e coll'altro di questi due modi di dire.

Ora, che significa valersi del patto di retratto? Significa far giungere la condizione resolutoria che deve annientare la vendita. E qual'è questa condizione resolutoria? È manifestare giuridicamente l'intenzione di riprendere la cosa; è porre il compratore in mora di abbandonarla, mediante l'offerta di rimborsargli il prezzo e gli altri accessorj (4). È significargli la doppia intenzione di approfittare del patto e soddisfare alle obbligazioni a cui il suo esercizio è subordinato. Fatto ciò, la resoluzione è acquistata di pieno dritto (5). La parte che si era riservata la facoltà di

(1) Decisione della corte di cassazione del 24 Aprile 1812 (Dal., *Vente*, p. 902, 903). V. Merlin, v° *Retrait conventionnel*. Decisione di Douai 17 Dicembre 1814 (Dal., *Vente*, p. 904, 905). Decisione di Orléans, 11 Novembre 1831 (Dal., p. 907).

(2) Favard, Répert., *Faculté de rachat.* Duranton, t. 16, n. 403.

(3) Art. 1664, 1667, 1668, 1669, 1672, 1673. Faure, oratore del tribunale, usa anch'egli indifferentemente una locuzione in luogo dell'altra. « *La proprietà è irrevocabilmente acquisita dal compratore se il venditore lascia passare il termine* SENZA VALERSI DELLA FACOLTA' (Fenet, t. 14, p. 170). »

(4) Lo che vedremo in breve, n. 723.

(5) V. i principj rammentati supra, n. 61. Debbo dire però che i comentatori del dritto Romano non erano d'accordo intorno a ciò. Ma il dubbio derivava dall'essere considerato da molti il retratto siccome una nuova vendita (*supra*, n. 693). Basati su ciò, credevano necessaria una tradizione positiva della cosa per ritornare le parti nello stato di prima. Imperocchè la vendita non trasferiva il dominio senza l'ajuto della tradizione, nei principj del dritto Romano e dell'antico dritto Francese. Checchè ne sia, Baldo opinava per la resoluzione di pieno dritto, e questa opinione era certa in Francia. « *Oblato a venditore pretio*,

annullare la vendita, ritira il suo consenso, e il venditore rientra nella proprietà (1). Se havvi contestazione, il giudice dichiara il suo dritto puramente e semplicemente, e non lo crea.

Havvi dunque una sola cosa veramente importante per soddisfare al voto della legge e far cessare la incertezza che il patto di recupera versa sulla proprietà. Ed è la purgazione della clausola resolutoria; è l'annullazione della vendita. Quando il contratto trovasi resoluto nei termini, quando la proprietà si è stabilita nelle mani del suo antico padrone, com'è possibile che il nostro art. abbia voluto colpire il venditore diligente privandolo dei suoi dritti? è possibile credere ch'esso abbia considerato come cosa di molta importanza che un poco prima o un poco dopo quello stesso venditore costringa in via giuridica il compratore ad abbandonare, di fatto, la proprietà ch'esso gli ha tolta di dritto? e specialmente che abbia voluto far retrocedere sul compratore una proprietà che non è più sua, che abbia inteso resuscitare in forma di pena un dritto al tutto resoluto? Quanto a me sono ben lontano dal voler trarre dalla legge questa conseguenza poco razionale. Mi parrebbe ingiuriarla supponendo ch'essa abbia dichiarato decaduto dal beneficio di retratto colui che se n'è efficacemente servito. Io dunque trascuro alcune espressioni poco esatte di cui il legislatore si è servito nel nostro articolo, e che non possono anteporsi alla ragione e alla forza dei principj.

Concludiamo dunque che col manifestare appunto la volontà di ritirare la cosa ed accompagnandola di offerte sufficienti, il venditore si gioverà del patto di retratto, ed eserciterà il suo dritto. Il Codice non mi sembra aver nulla di contrario al dritto comune dell'antica Francia, attestato da Tiraquello (2).

718. Ma se il venditore lasciasse trascorrere il termine senza fare delle offerte, sarebbe escluso quantunque avesse fatto una citazione. La ragione ne è semplice. Senza offerte la condizione della recupera non si adempie; la volontà del venditore è arbitraria; essa non può basarsi nella convenzione, che la sottopone al soddisfacimento del compratore. Questi non è obbligato a privarsi del possesso, e le cose, lungi dall'essere riposte nel loro antico stato, restano al contrario nello stato in cui le ha messe la vendita, che mancando l'adempimento della condizione, diviene definitiva.

Questo punto di dritto fu esposto da Coquille (3) con tanta precisione che voglio citarne qui le parole:

« La quistione mi si presentò tra la « signora Maddalena Dagobert, mo- « glie del signor di Saint-Polgue, ed « il signor di Thory-sur-Abroy. La det- « ta Dagobert, in virtù di una facoltà « di retratto concessa per sempre, « con contratto dell'anno 1546, fa « citare il signore di Thory, in giudi- « zio nei 30 anni, nell'anno 1575, « *con intimazione spedita con fine di*

« *statim*, dice quel dottare, *ipso jure*, *et sine nova* « *traditione*, *transit dominium*. Ideoque et *ipsum ven-* « *ditorem potest a quolibet possessore vindicare.* » Sulle legge *si cum venderet*, Dig. *De pignor. act.* V. anche Despeisses, p. 43, n. 12. Tiraquello dà la nate degli autori di questa opinione, § 1, glos. 7, n. 6 e seg.

(1) Se esso non guadagna i frutti, ciò avviene soltanto quando non ha ancora depositato il prezzo offerto, poichè si ritiene che ne approfitti.

(2) *Supra*, n. 715.

(3) Quest. e Répons., esp. 261.

« *retratto convenzionale*, ma *non fa* « *veruna offerta visibile di danaro*, e « scorrono i 30 anni prima che il con- « tradditore veda le offerte reali; es- « sa continua la sua azione e sostiene « il suo dritto, dimostrando che la « prescrizione de' 30 anni era stata « interrotta dall' intimazione dichia- « rativa contenente citazione, come « vien detto *in L. Sicut.*, Cod., *De* « *præscript.* 30 *vel* 40 *annor.* Ho so- « stenuto ch'essa non aveva dritto fa- « cendo le sue offerte dopo i 30 anni; « e diceva che la detta legge *Sicut* « parla quando trattasi di semplice e- « sercizio di azione che vien fatto con « istanza, opposizioni, e assegnazio- « ni del giudice, nel qual caso la ci- « tazione fa interruzione, come pri- « ma faceva la contestazione. Ma nel « caso proposto, non trattasi di eser- « citare azione domandando, contrad- « dicendo, litigando e scrivendo; *ma* « *trattasi di eseguire un fatto di bor-* « *sa, che è presentare danari contanti* « *e pagarli.* La quale cosa si può e si « deve deffinire senza intervento del « giudice, il quale nulla vi ha che fa- « re, salvochè vi sia dibattimento inci- « dente, intorno a cui le parti non si « possano accordare. Il retratto e la « numerazione essendo puramente *in* « *faciendo*: e per *costituire il suo av-* « *versario in mora, bisogna che l' in-* « *stante faccia di per sè stesso ciò che* « *egli ha da fare*, con che si verreb- « be a render completo il negozio, se « l'avversario si dimostrasse pronto « a far ciò che si richiede da lui, *e-* « *tiam* che il detto avversario man- « casse: così si dice *in leg. Servus si* « *hæred.*, § *Imperator*, Dig., *De statu* « *lib.* Così quando l' obbligazione è « reciproca, come nell' uno di dare « danari, e nell'altro d' operar la ri- « vendita, quegli che cita deve il pri- « mo soddisfare a quanto è obbligato, « prima di poter costituire in mora il « suo avversario (L. *Ædil.*, Dig., *De* « *ædil. edict.*, 1, *Julianus*, § *Offerri*, « Dig., *De act. empt.*, e nel caso pre- « sente la legge *Si rem*, 1, § ult. Dig., « *De pign. actione*). »

È infatti una verità costante in dritto che in ogni contratto sinallagmatico l'attore non può esigere nulla senza offrire di adempiere alle sue obbligazioni. Se nol facesse la sua domanda non sarebbe ascoltata (1).

719. Ma le offerte di cui trattasi debbono essere reali, e nel caso di rifiuto, seguite da deposito nei termini?

Tal quistione è molto combattuta.

Secondo la giurisprudenza del parlamento di Navarra (2), occorreva che il venditore preparasse la sua domanda per consegna della cosa mediante offerte reali, seguite da deposito.

Abbiamo veduto sopra che l'antico statuto di Poitou era conforme a quest' uso (nota n. 715), e Caronda ci fa sapere che anche il parlamento di Parigi lo aveva adottato prima della introduzione delle sentenze di esclusione di dritto (3).

Despeisses pensa egualmente che l'offerta sarebbe insufficiente se non fosse seguita da deposito (4), e così opina anche Voët (5).

Questo sistema è basato nella legge 7 del Codice *De pactis inter ven-*

(1) V. *supra*, n. 593, nota.
(2) Merlin, Quest. de droit, *Réméré*.
(3) Répons., lib. 10, cap. 36.
(4) P. 44, col. 1, n. 8, § *secundo*.
(5) Ad Pand., *De lege commissor.*, n. 7. *Junge*, l' autore delle Pand. francesi (Contratto di Vendita, t. 13, p. 100.)

dit. (1), che infatti esige formalmente che il prezzo venga depositato.

Ma il contrario è sostenuto da autori gravissimi e numerosissimi.

Perezio crede che le offerte reali bastino, ma che non sia necessario farle seguire dal deposito (2).

Il cardinale Mantica discute l'una e l'altra opinione nel suo trattato *De tacitis et ambiguis* (3), ed abbraccia in conclusione, stando all'autorità di Baldo e Boerio, il parere che le offerte sole bastano per adempiere le condizioni del retratto. Ma vuole delle offerte reali o non delle offerte verbali; vuole, come Coquille, che il danaro venga presentato al compratore, perchè il venditore dimostri con ciò ch'egli è pronto a soddisfare la condizione.

Il presidente Fabro va più oltre: una interpellazione accompagnata da offerte verbali gli sembra sufficiente per conservare tutti i dritti del venditore (4).

Tiraquello vien citato spesso come seguace della necessità del deposito; ma è un errore. Non bisogna confondere le dottrine esposte da quel giureconsulto comentando lo statuto locale del Poitou, che esigeva il deposito, con una teorta che fosse l'espressione del dritto comune. Quando infatti Tiraquello cessa d'interpetrare lo statuto del Poitou per esaminare la quistione sotto un aspetto generale, egli dice in proprii termini: « Sed quantum ad id de quo tractamus, an sufficiat sola oblatio *de jure communi*, cum venditor vult retrahere ex pacto de revedendo, ut eos quos supra citavimus in hac re discordes reducam ad concordiam, ita dico, opus esse consignatione et depositione ad lucrandos fructus perceptos, post ipsam consignationem: et ita proprie loquuntur qui dicunt consignationem esse necessariam: alias opus non esse: ut in simili dicimus solam oblationem non impedire cursum usurarum quæ fructuum loco sunt, nisi fiat et consignatio (5). »

Dunque, cotesto autore insegna, che per dritto comune il deposito è necessario soltanto per far correre i frutti a favore del retraente. E ciò pure avea detto il presidente Fabro, che ho citato pochi momenti sono: « Ad solam enim fructuum acquisitionem obsignationis utilitas pertinet. »

La quistione che abbiamo affacciata in principio di questo numero comprende dunque tre difficoltà: Basta forse che le offerte sieno verbali? Bisogna forse al contrario che sieno reali? E nel caso di rifiuto bisogna depositare nei termini?

720. Credo in primo luogo dovere escludere il deposito. Ecco il perchè.

Ogniqualvolta trattasi in un contratto di prestazioni reciproche, non è giusto che una delle parti si spogli piuttosto che l'altra. Da un lato il venditore deve pagare il prezzo; dall'altro il compratore deve render la cosa. Perchè vi sia eguaglianza, bisogna che le due tradizioni si effettuino simultaneamente; ma esigere che la prima preceda la seconda, è rompere l'eguaglianza che ha presieduto alla

(1) Vedila *supra*, n. 692, in nota.

(2) Prælect., sul C. *De pactis inter.* « Redimere valens, tenetur pretium *totum* afferre, *nec opus id consignare*..... » E più oltre: « Sola tamen realis oblatio sufficit; eaque facta, justificabitur hujus pacti conditio, quæ est ut, oblata pretia, res restituatur. »

(3) Lib. 4, t. 32, n. 11.

(4) Codice, lib. 4, t. 36, def. 6.

(5) § 4, glossa 6, n. 4.

formazione del contratto, e che dee dominare la sua esecuzione.

Studiate tutte le convenzioni bilaterali; vi vedrete questa legge scritta in caratteri evidenti.

1° Il debitore non può ritirare il pegno che ha ceduto finchè non ha soddisfatto il suo debito, e non ha azione finchè non si è intieramente sgravato verso il suo creditore. « Omnis pecunia exsoluta esse debet, « aut eo nomine satisfactum, ut na- « scatur pignoratitia actio (1). »

Intanto la legge 9, § fin. al Dig., *De pignor. act.*, decide che l'offerta del pagamento del debito, fatta in giudizio, basta per render regolare l'azione, quantunque sia stata male intentata. Così una semplice offerta equivale ad un pagamento perchè la parte avversa deve fare dal canto suo un pagamento equivalente.

2° Il compratore ha un'azione contro il venditore per farsi consegnare la cosa. Ma, per autorizzare quest'azione, gli basta offrire il prezzo: « *Offerri pretium* venditori ab emptore « debet, quum ex empto agitur (2).»

3° Così, per avere l'azione *ex vendito*, basta che il venditore offra consegnare la cosa (3). Sarebbe facile moltiplicare le citazioni (4).

Si opporrà forse la l. 7, al C., *De pactis inter emptor. et vendit.* (5)? Ma cotesta legge si applica ad un caso particolare (6). La convenzione era tale che si rendevano assolutamente necessarj o il pagamento o il deposito nel tempo di grazia per soddisfarvi. Il contratto aveva avuto cura, mediante il rigore de'suoi termini, di togliere la difficoltà. Al contrario, nella l. 2, al C., *De pactis inter venditor.*, il legislatore si contenta di semplici offerte, *teque* PARATO *satisfacere venditioni dictæ* (7), e quest'ultima legge è molto più in armonia dell'altra col Codice civile; imperocchè l'art. 1673 non fa del pagamento effettivo, se non la condizione della immissione in possesso. Essa suppone dunque che prima della immissione in possesso, e del pagamento effettivo che la precede, il venditore possa avere dei dritti certi per rientrare nella cosa, e che la riserva del retratto rimanga intera (8).

Bisogna dunque concludere che in tesi generale il deposito non è necessario, che è semplicemente di facoltà per far sì che il possesso torni al venditore (9).

721. Ma dovranno le offerte essere reali, o basterà che sieno verbali?

Abbiamo veduto, al n. 719, che cotesta opinione era molto combattuta. Perezio, Mantica, Coquille esigevano offerte reali, e con danari contanti. Al contrario, il presidente Fabro riferisce una decisione del senato di Chambery, dell'8 Maggio 1593, la quale decise che il venditore conservava i suoi dritti in forza delle offerte verbali contenute in una intimazione di rilasciare l'immobile (10). E verso questa opinione tende anche la giurisprudenza delle corti reali. Ne troviamo la prova in una decisione della

(1) L. 10, Dig. *De pignor. act.*

(2) L. 13, § 8, Dig. *De act. empt.*

(3) *Supra*, n. 593, nota.

(4) Pothier, *Vente*, n. 220.

(5) Vedila *supra*, n. 692, in nota.

(6) Bisogna consultare la dissertazione di Boezio a ciò relativa. Décis. 124, n. 26 e seg.

(7) Vedila *supra*, n. 692, in nota.

(8) V. *infra*, n. 723. Tratto nuovamente di cotesta proposizione.

(9) *Supra*, n. 719.

(10) Lib. 4, t. 36, def. 6.

corte di Besançon del 20 Marzo 1819 (1), e così ha giudicato la corte reale di Bastia nella causa Passani, appellante contro i fratelli Mariani, intimati. Questi avevano citato Passani per la conciliazione onde entrare in possesso dell'immobile *Valle*, in virtù del dritto di retratto; e in questo atto, essi avevano offerto di pagare tutto ciò cui gli obbligava il contratto. Ma queste offerte non erano reali; e lo prova questo, che alcuni giorni dopo, ma sempre prima della scadenza del termine di grazia, avevano fatto intimazione a Passani perchè si recasse all'isola Rossa per riceverví ciò che gli dovevano e per darne la quietanza, dichiarandogli, che mancando a ciò, si sarebbe proceduto, a suo danno e rischio, *ad offerte reali* seguite da deposito.

Passani non si era presentato all'uffizio di conciliazione. Non era neppure andato all'isola Rossa, perchè il pagamento anzi che doversi fare in cotesta città, doveva esser fatto a Corbara, domicilio di tutte le parti.

Tale era lo stato delle cose quando il termine di grazia spirò; i fratelli Mariani non avevano fatto nè offerte reali nè deposito.

Passani, citato innanzi al tribunale di Calvi per l'abbandono, sostenne che i fratelli Mariani non avevano effettuata la purgazione in tempo utile e in modo convenevole della condizione inserita nel contratto.

Questo sistema non fu adottato dalla corte, che, con sentenza del.... 1822 (2), adottò la dottrina del presidente Fabro. Eppure il contratto conteneva espressioni da cui si poteva trarre argomento per sostenere che le parti avevano voluto situarsi nel caso della l. 7, al C., *De pactis inter emptor.* « Si conviene espressamente « tra le parti che sia in libertà dei ceden- « ti di poter redimere il suddetto be- « ne, COL PAGARE il prezzo dello stesso « SOLTANTO NEL TERMINE di anni due « a partire di questo giorno. » Vuolsi inoltre osservare che coloro i quali esercitavano il retratto erano semplicemente i cessionarj del venditore, e non dovevano partecipare conseguentemente del favore attribuito a quest'ultimo, tanto più che avendo comprato ad un'epoca prossima alla scadenza del termine di grazia, eranvi gravi indizj che avessero voluto approfittare della impossibilità di redimere in cui si trovava il venditore per farsi cedere il suo dritto ad un prezzo basso.

722. Chiamato a pronunziare in simili quistioni, il giudice dovrà consultare prima di tutto i termini del contratto, e seguire la legge che si sono fatta le parti. La diversità di soluzione che trovasi nelle leggi 2 e 7 nel C., *De pactis inter emptor.*, dipende soltanto dalla diversità dei casi e dall'indole diversa delle convenzioni. Il giudice dovrà farne conto come gli autori di quei due celebri rescritti.

723. Ma se la quistione si presenta nudamente in dritto, credo sia stata mente del Codice accostarsi all'opinione più favorevole al venditore. Ecco il motivo di questo mio pensiero. Il retratto convenzionale, dice l'articolo 1659, è una riserva di riprendere la cosa venduta, mediante la restituzione del prezzo capitale ed il rimborso di cui si tratta nell'art. 1673.

Risulta da ciò, senza dubbio, non potersi il retratto effettuare, se il ven-

(1) Dalloz, *Vente*, p. 905, nota 1.

(2) Essa è inedita. Ne ho smarrita la data.

ditore non ha adempiuto intieramente a cotest'obbligo mediante un pagamento effettivo. Ma ho stabilito sopra (n. 720) che la legge non esige dal venditore l'adempimento nel termine di grazia dell'esercizio della facoltà di retratto. L'artic. 1673 ne è la prova evidente. Basta che il venditore agisca prima del tempo della prescrizione, è costituisca in mora il compratore di consegnarli la cosa.

Ora il retraente dev'egli offrire realmente ed in contanti la somma destinata a passare nelle mani del compratore?

Ma poichè egli potesse fare un'offerta reale, bisognerebbe che la somma intiera fosse liquida. Ora, questa somma si compone in parte d'indennità per riparazioni necessarie e per aumento di valore (art. 1673). Un conteggio e una discussione sono necessarj per istabilire ciò che può esser dovuto riguardo a ciò dal venditore. Così le offerte reali sono impossibili, almeno per cotesta parte non liquida.

Or bene, se non se ne devono fare per restauri e miglioramenti, se le offerte semplici adempiono il voto della legge, perchè dovremmo decidere altrimenti quanto al prezzo capitale e alle spese reali che gli art. 1659 e 1673 pongono allo stesso livello?

L'art. 1673 fortifica singolarmente quest'argomentazione. Imperocchè esso ammette la ipotesi in cui il venditore, per la mancanza di aver soddisfatto al suo obbligo di pagare il prezzo capitale ed altri accessorj, non può entrare in possesso, ed in cui il compratore si vale contro di lui del dritto di retenzione. Ciò vuol dire bene chiaramente, siccome l'ho notato sopra (n. 720) che il dritto del venditore è intiero in sostanza, quantunque non abbia pagato il prezzo capitale e gli altri rimborsi, e che gli è soltanto negato il possesso. Ora, quando la legge suppone che nulla è stato pagato, essa suppone egualmente che nulla è stato depositato. Imperocchè il deposito equivale al pagamento; e se nulla è stato depositato, che cosa divengono le offerte reali? Che cosa sono le offerte reali cui non tien dietro il deposito (articolo 1257)? Esse lasciano il debitore proprietario della cosa che ha offerta (1); esse non impediscono che sia debitore degl'interessi (2). Non esiste dunque quasi alcuna differenza tra quelle e le offerte verbali. E malgrado ciò si vorrebbe che di due equipollenti, l'uno privasse, l'altro conservasse al venditore i suoi dritti!!

La legge 2, al C., *De pactis inter emptor.*, mi sembra risolvere la quistione nel senso che adesso difendo. Quanto essa esige dal venditore, onde impedirlo di cadere nella prescrizione, si è che sia pronto, nel termine di grazia, a pagare *(teque parato satisfacere conditioni dictæ)*. Ora, l'esser pronto a pagare, non è lo stesso che avere il danaro in mano e fare delle offerte reali ad oggetto di depositare; vuol dire offrire verbalmente di pagare. Ne vediamo la prova nella l. 9, al D., *De rescind. vendit.*, la quale spiega distesamente che la dichiarazione di esser pronti a pagare *(paratum se esse professus est vectigal exsolvere)*, non equivale a portare effettivamente il danaro *(emptori pretium*

(1) Delvincourt, t. 2, p. 551, note.

(2) Art. 1257, 1259 e 816 del Codice di procedura civile. Delvinc., t. 2, p. 547. Carre, t. 3, p. 141. Berriat, p. 645, note. Cionnondimeno, la quistione è controversa (Toullier, t. 7, n. 221, 230), ma crede a torto.

esset illatum) (1). Dal che segue nel senso della l. 2, al C., *De partis inter emptor.*, che prendo per tipo della facoltà di retratto, che le offerte verbali soddisfano alle esigenze della legge e conservano i dritti del venditore.

A tutte queste considerazioni ne aggiungo un'ultima. Nel sistema generale del Codice civile, la volontà basta per formare un contratto, e per traslocare la proprietà. Così abbiamo veduto, mediante l'art. 1583, perfezionata la vendita dal consenso, e la proprietà trasferita senza che la cosa sia stata consegnata ed il prezzo pagato. È mai possibile che la cosa proceda altrimenti, quando trattasi di annullare il contratto di vendita in forza del patto di recupera? Questo patto contiene una clausola resolutoria dipendente dalla volontà del venditore. Basta quindi che il venditore dimostri il suo volere di ritornare le cose nello stato medesimo in cui si ritrovavano prima della vendita. Così egli si giova evidentemente del patto di retratto, egli afferra di nuovo la cosa, e siccome l'aveva alienata in forza del solo suo consenso, così egli la ritrova in forza di un consenso contrario, manifestato in tempo utile. Quanto al pagamento ed alla consegna della cosa, questi sono atti di esecuzione che possono avvenire ancora dopo il termine di grazia (articolo 1673). Ma non è men vero però, che prima di coteste prestazioni reciproche il contratto è stato disciolto.

724. Forse verrà fatta una obiezione a questo sistema; verrà supposto un venditore di mala fede, il quale, senza mezzi per esercitare il retratto e disinteressare il compratore, vuole nullameno ritornare al possesso dell'oggetto venduto. Se le offerte verbali bastano per costituire l'esercizio del patto di recupera, non gli sarà difficile il prodigarle. Ma in quanta perplessità lasceranno il compratore! Il venditore, vedendo come in sostanza i suoi dritti son mantenuti, non penserà a liberarsi, prolungherà di anno in anno e molto al di là del termine di cinque anni, un pagamento che le sue facoltà non gli permettono fare. E frattanto, l'acquirente non potrà affezionarsi alla proprietà che l'art. 1673 gli dà in deposito, e ch'ei sa essere soltanto transitoria nelle sue mani. Se quindi, per imporre un termine a simili lentezze fraudolenti, sollecita il pagamento, bisognerà che chiami in giudizio il venditore, che ottenga contro di lui una condanna equivalente a una sentenza di esclusione di dritto, e così torneremo a quell'antica giurisprudenza che il Codice civile ha formalmente riformata!!

In primo luogo rispondo che non bisogna esser più severi dello stesso legislatore, il quale, nell'artic. 1673, suppone che la mancanza di pagamento ritardi la immissione in possesso del venditore, lo che vuol dire in altri termini, che il retraente non si è liberato nel termine di grazia.

Aggiungo che sarà facile al com-

(1) La stessa cosa risulta dalle l. 8, § 4. Dig. *Qui satisdare cogantur*; dalla l. 21, Dig. *De judiciis*, e dalla l. 20, § 3, Dig. *De statu lib.* V. anche la legge notabilissima *Si ita quis*, § *Scia caut.* Dig. *De verb. oblig.* Bartolo però opina diversamente (sulla l. *Prætor* 41, § *Si paratus*, Dig. *De oper. nov. nunc t.*). Egli vuole che le leggi che parlano d'individui pronti a pagare s'intendano d'individui che hanno [illegible] mano il danare. Ma le leggi già citate rigettano questa opinione. Del resto si possono consultare le autorità in favore e contro le dette quistione, nel dotto trattato di Tiraquello, *De retractu gentilit.*, § 1, glossa 17, n. 8, e glossa 19, n. 4 e seg. D'altronde, nel dubbio, credo che si debba preferire l'opinione più mite, in considerazione del discredito che va unito alla causa del compratore.

pratore far cessare i mezzi dilatorj del venditore, ottenendo una sentenza contro di lui; imperocchè s' egli non paga dopo le intimazioni che verranno fatte, sarà decaduto da' suoi dritti, per la ragione che quando abbiamo detto che le offerte verbali sono bastanti per interrompere la prescrizione e dar luogo all' azione, abbiamo sempre sottointeso che il venditore deve realizzarle prima della fine della contestazione. « Debet intelligi, « dice Tiraquello (1), ut satis sit di- « cere se offerre paratum, etiam si « non tradat, idque faciens, dicetur « satis offerre; *verum ante condemna- « tionem debet is qui ita obtulit, fa- « cere quod obtulit.* »

Finalmente, non si dica che ritorniamo nel sistema delle sentenze di decadimento. In questo sistema, il venditore non era obbligato a manifestare la sua volontà durante il termine di grazia; egli non era escluso a cagione del suo silenzio in quel termine, bisognava che il compratore lo prevenisse, e lo costringesse, fuori del termine convenuto, a spiegarsi sulle sue intenzioni (2). Quì al contrario, è il venditore quello che deve prevenire il compratore nel termine di grazia, sotto pena di decadimento di pieno dritto. E desso che deve incominciare ad agire; ed una sentenza non è necessaria fuorchè per trionfare della sua mala fede. Non è forse questo il dritto comune?

725. Fu domandato se il preliminare di conciliazione fosse necessario per investire i tribunali di un' azione in recupera.

Tal quistione non si può risolvere che mediante alcune distinzioni.

Se il venditore incomincia dalle offerte reali, la sua azione per ottenere il ritorno nel fondo alienato ha per iscopo il merito delle offerte, e non dev' essere necessariamente preceduta dalla prova conciliatoria (3).

Se al contrario ei si contenta d' una intimazione con offerte verbali, gli è applicabile il dritto comune, e la sua domanda vuolsi anticipatamente presentare al giudice conciliatore (4).

726. I motivi d' inammissibilità contro l'azione del venditore, sono:

1° La prescrizione; non ho nulla da aggiunger quì a quanto ho detto nei numeri che precedono. Vedremo nel comento dell' articolo seguente che questa prescrizione corre contro i minori come tutte le prescrizioni abbreviate.

2° La renunzia; può esser espressa o tacita.

Havvi renunzia tacita quando il venditore ha consentito alla vendita che il compratore ha fatta in favore di un terzo, e quando non ha riservato il suo dritto. Tale è la decisione del presidente Fabro. « Qui rem sub pa- « cto de retrovendendo venditam ab « emptore redemit, præsente et con- « sentiente eo, ad quem redimendi « jus pertinebat, non tantum in em- « ptoris jura successisse intelligitur, « quæ scilicet etiam ignorante adeo- « que invito primo venditore, nanci- « sci poterit, sed etiam dominium « quod non nisi revocabile fuerat pe- « nes emptorem sibi acquisiisse irre- « vocabiliter, perinde ac si primus

(1) *De retract. gentilit.*, § 1, glossa 17, n. 8.

(2) Pothier, n. 437.

(3) Decis. della corte di Orléans, 11 Novembre 1831 (Dal., *Vente*, p. 907, nota 1, n. 2). Artic. 49, n. 7 del Codice di procedura civile.

(4) Arg. della sentenza della corte di cassazione 24 Aprile 1812, di cui bisogna leggere la specie (*supra*, n. 716, in nota).

« venditor redemisset tum cum huic « vendidisset. Hic enim contingit quod « sæpe alias, ut celeritate conjungen- « darum inter se actionum una occul- « tetur (1). »

Havvi anche renunzia tacita, quando, dopo avere depositato il prezzo, egli ritira l'ammontare del deposito (2).

ARTICOLO 1663.

Il termine decorre contro qualunque persona, ancorchè minore di età, salvo il regresso, se vi sia luogo, contro chi di ragione.

SOMMARIO.

727. Il termine della prescrizione decorre contro i minori.

COMENTO.

727. Nell'antica giurisprudenza veniva fatta una distinzione fra la prescrizione legale, e la prescrizione convenzionale. Se il termine del retratto veniva stabilito dalla convenzione, la minore età del venditore o dei suoi eredi non impediva la prescrizione (3). Ma se la prescrizione era legale, la minorità la sospendeva (4).

Il Codice ha seguito un altro sistema. Tanto se quel termine di grazia è limitato dalla convenzione, quanto se è il termine di cinque anni stabilito dall'art. 1660, la minorità non libera dalla prescrizione (5). Ma il minore ha un regresso contro chi di ragione, quando risente un danno dalla mancanza di esercizio del patto di retratto.

(1) Cad., lib. 4, t. 28, def. 7.

(2) Despeisses, t. 1, p. 45, col. 1, *nono*. Tiraq., *De retract. consent.*, § 5, glos. 10, a. 1 e seg.

(3) Pathier, *Vente*, n. 435.

(4) *Idem*, n. 436.

(5) V. anche l'art. 2278 del Cod. civile.

ARTICOLO 1664.

Il venditore che ha pattuito il retratto, può promuoverne l'azione contro un secondo acquirente, quand'anche nel secondo contratto non fosse stato manifestato il retratto convenuto.

SOMMARIO.

728. L'azione di recupera è *in rem scripta*. Essa si esercita contro i terzi. Antico dritto.

729. La recupera attacca la cosa. L'azione è puramente reale contra i terzi. Errore di Poncet.

730. Il dritto di seguito non ha luogo quando trattasi di mobili venduti con patto di recupera.

731. Il venditore non deve rimborsare al terzo detentore fuorchè ciò ch'egli avrebbe pagato al suo acquirente diretto.

732. Può citare il terzo detentore *omissa medio*? Differenza tra la resoluzione che resulta dalla recupera e quella che ha luogo per inesecuzione delle clausole del contratto.

733. Il terzo detentore deve abbandonare la cosa. Non ha dritto di offrire il prezzo.

COMENTO.

728. Ho esposto sopra (n. 698) il carattere personale dell'azione di recupera, e ho detto ch'essa è *in rem scripta*, e che così può dirigersi contro i terzi.

Se consultiamo i molti dottori che hanno scritto anticamente sul retratto convenzionale, troviamo molta disparità di opinioni sulla quistione di sapere se potevasi esercitare contro i terzi. Cagione di questo dubbio si era che molti fra loro non consideravano la facoltà del retratto siccome una resoluzione del contratto di vendita, ma sibbene come una vendita nuova (1). In questo sistema, l'obbligo del compratore era una semplice promessa di vendere, che generava un'azione al tutto personale, e che non investiva in alcun modo la cosa; non poteva dunque rivolgersi contro i terzi (2).

Ma quelli che pensavano che il retratto convenzionale producesse la resoluzione della vendita, affermavano, senza alcuna esitanza, che l'azione del venditore poteva esercitarsi contro i terzi. Baldo aveva adottato questa opinione (3), e quantunque, secondo il costume, avesse in seguito mutato parere (4), aveva indotto un gran numero d'interpetri a pensare così (5). Del resto, se i comentatori del dritto Romano potevano discutere fra loro perchè le leggi Romane non avevano proposto il quesito (6), il dritto statutario lo aveva espressamente definito secondo il parere di Baldo (7), e tenevasi per certo che l'azione in retratto era *in rem scripta* (8).

729. Il nostro articolo concede al venditore il dritto d'inseguire la cosa sul terzo detentore, quando anche la facoltà del retratto non fosse stata dichiarata nel suo contratto di acquisto. Il Codice imprime l'onere di retratto sull'immobile che n'è investito in modo intimo (9). Segue da ciò che l'azione del venditore è reale, quando si esercita contro un terzo acquirente, e Poncet ebbe torto quando pretese che non avesse più che un semplice carattere di personalità (10).

730. Ma il dritto di seguito contro un terzo acquirente non ha luogo se trattasi di una vendita di mobili fatta con patto di retratto. Gli artic. 1141 e 2279 del Codice civile presentano una limitazione necessaria al nostro arti-

(1) *Supra*, n. 693.

(2) Di questa opinione era Faresio, *Praelect. sul Cod.*, lib. 4, t. 54, n. 15. Il presidente Fabro, Cod., lib. 4, t. 36, def. 8, nota 2, etc. Tiraquello dice che, quantunque questa opinione fosse la migliore (la qual cosa egli non decide), e nulla serviva ai suoi tempi il sostenerla (§ 3, glossa 1, n. 3). Infatti era proscritta dal maggior numero degli statuti.

(3) Sulla l. 13, D. *De pignor. act. Supra*, n. 717, nota. Sostenevano cotesta opinione colla l. 58, Dig. *De cont. empt.*, e 13, Dig. *De pignorat.*

(4) Le variazioni di Baldo erano famose nell'antica giurisprudenza. E però dice Tiraquello: *Baldus, ut semper alias, ita et hic sibi contrarius (De retract. convent.*, § 1, glossa 7, n. 25).

(5) Tiraquello gli ha rammentati § 1, glossa 7, n. 6 e 7.

(6) Duranton dice, che, sotto le leggi Romane, il retratto non aveva luogo contro i terzi (t. 16, n. 389). Io però non ho notizia di testo alcuno in cui la quistione sia sciolta positivamente. Anzi la l. 58, Dig. *De cont. empt.*, somministra un argomento opposto a Duranton.

(7) Tiraquello, § 4, glossa 1, n. 1. Il testo dello statuto di Poitou, ch'egli comenta, è formale.

(8) Fabro, *loc. cit.* Caronda, Rép., lib. 12, c. 54. Despeisses, t. 1, p. 42, col. 2.

(9) V. *supra*, n. 624 e seg.

(10) L'ho già confutato sopra, n. 628.

colo, il quale d'altronde non potrebbe prevalere contro questa massima generale del dritto Francese, *che i mobili non hanno seguito.*

731. Quando il venditore esercita il retratto contro un terzo acquirente, egli è soltanto tenuto a rimborsargli il prezzo che avrebbe pagato al suo acquirente diretto (1).

732. Ma può egli citare il terzo detentore *omisso medio?*

Ho discusso altrove la quistione se il venditore possa fare sciogliere immediatamente la vendita contro un terzo acquirente, quando il compratore diretto non soddisfece alle sue obbligazioni (n. 632 e seg.).

Ma non bisogna argomentare da questo caso a quello che ci occupa.

La resoluzione per inadempimento delle clausole dell' accordo dal lato del compratore è una pena profferita per un fatto personale al compratore medesimo. Il venditore dunque non può innoltrarsi sino ai terzi detentori, fuorchè dopo avere stabilito in contraddittorio col compratore diretto l'esistenza di questo fatto di negligenza, che deve distruggere tutte le alienazioni posteriori.

Ora il caso è diverso. La resoluzione non deriva da un fallo del compratore; essa nasce da un atto di volontà del venditore, da una condizione arbitraria affermativa (2). Basta dunque che il venditore provi la sua volontà e l' adempimento della condizione presso il terzo che possede la cosa. La presenza del compratore diretto non può ritardare in verun modo l' imminenza della resoluzione.

Così il venditore potrà agire direttamente contro il terzo detentore; i termini del nostro articolo sembrano stabilire testualmente tale opinione.

733. Il terzo detentore è precisamente obbligato ad abbandonare la cosa; egli non può pretendere di soddisfare il venditore col pagamento di danni e interessi. *Interest enim*, dice il presidente Fabro, *venditoris rem ipsam habere potius quam rei æstimationem* (3).

(1) Despeisses, t. 1, p. 42, col. 2, *sexto*. Pothier, n. 426, *infra*, n. 761. *Junge*, Duranton, t. 16, n. 405.

(2) V. *Supra*, n. 61.

(3) Cod., lib. 4, t. 36, def. 8.

ARTICOLO 1665.

Il compratore col patto del retratto esercita tutte le ragioni del suo venditore; egli può usare della prescrizione tanto contro il vero padrone quanto contro loro che pretendessero di avere ragioni od ipoteche sopra la cosa venduta.

SOMMARIO.

del proprio sua fonda cha doveva una servitù a quello da lui comprato aon patto di recupera. Rigatto di un'opiciona di Duranton.
738. Il compratore deve consarvare la cosa de buon padre di famiglia. Egli risponda dai guasti eagionati per colpa sua, ma non di qoelli aha sono il resultata dell'uso naturala della cosa.
739. Posizione e dritti del venditore derante il termine di grazia per la recupara. Egli non è più proprietaria. Ha soltanto un dritto condizionala alla propriatà.
740. Egli può ipotacare condizionalmente. Disparere aon una deaisiona di Bordaaux. Rinvio.
741. Il venditore con patto di recupera può vendare aondizionalmente l'immobile soggetto al dritto di ratratto. S'intende ch'ei venda così il suo dritto alla recupera. Decisioni conformi all'equità. Altre aha nol sono, e che la earte di cassaziona lascie susaistere.

COMENTO.

734. L'art. 1665 fa conoscere quale sia la posizione del compratore quando la condizione del retratto è tuttavia pendente.

Il compratore è proprietario, è padrone della cosa, gode, paga le imposizioni e sopporta gli oneri. Invano vorrebbe il venditore obbligarlo a lucrare soltanto nei limiti di un semplice godimento (1). Solamente il suo dritto è sottoposto ad una condizione resolutoria, ed è noto come sia proprio delle condizioni di questo genere il non sospendere l'effetto della disposizione, ma di annientarlo se il fatto preveduto si realizza (2). E però egli potrà rivendere ed ipotecare. Ma tutti i dritti ch'egli avrà accordati sull'immobile svaniranno, qualora il suo si annulli (3).

735. Questa posizione del compratore gli assicura i frutti, quando egli ha pagato il prezzo (4); imperocchè i frutti appartengono al proprietario, e specialmente al proprietario che possede. Egli non deve renderli quando il venditore presentasi per esercitare il retratto. La l. 2, al Cod., *De pactis inter emptor.*, ne contiene la dichiarazione esplicita. A dir vero, nel n. 652 ho detto che il venditore il quale, nel caso dell'articolo 1654, chiede la resoluzione della vendita, ripete tutti i frutti raccolti. Ma questo caso è differentissimo da quello di cui trattiamo adesso. Nella specie dell'art. 1654, l'acquirente non adempie le sue obbligazioni: egli è di mala fede. Qui, al contrario, egli riunisce tutte le condizioni onde far suoi i frutti (5).

Avrò occasione di ritornare su questo punto di dritto comentando l'art. 1673. Vi tratterò pure la quistione di sapere cui appartenga l'alluvione e il tesoro.

736. L'acquirente con patto di recupera succede al suo venditore, come un acquirente puro e semplice. Egli prescrive contro il vero padrone, egualmentechè contro quelli che pretendessero aver ragioni o ipoteche sulla cosa venduta.

737. Egli prescrive contro il venditore stesso, siccome lo abbiamo veduto sopra (6), ed egli può opporre alla sua azione il lasso di tempo definito dalla legge.

Si domanda però se, *pendente con-*

(1) Dec. d'Orléans, 20 Marzo 1812 (Dal., *Vente*, p. 906.
(2) V. il mio com. sull'e Ipot., n. 468 *quater*, e n. 469.
(3) V. il mio com. sulle Ipot., n. 469.
(4) Cujacio, ad tit. Cod. *De pactis inter emptor.* Tiraq., § 5, glossa 2, n. 1 e seg. Despaisses, p. 45, col. 1, *quarto*. Pothier, n. 406.
(5) *Supra*, n. 60.
(6) N. 713 e seg.

ditione, egli prescriva contro il venditore la libertà dei fondi che sono nel suo patrimonio, e che dovevano delle servitù ai beni ch'egli ha comprati con riserva di retratto.

Diamo un esempio: Pietro deve una servitù di passo sul fondo A, a favore del fondo B. Pietro compra il fondo B a titolo di recupera. È da osservarsi che al momento di questa vendita, il proprietario del fondo B non esercitava il suo dritto di passo da ventotto anni. Molto meno egli lo esercita dopo la vendita fatta a Pietro, divenuto proprietario in sua vece. Passano trent'anni: il retratto del fondo B viene ulteriormente operato. Si domanda, se il retraente riprenderà la cosa nello stato in cui trovavasi, e se sarà lecito opporgli, per completare la prescrizione, il tempo durante il quale Pietro ha goduto del fondo dominante?

Duranton (1) si dichiara per la prescrizione. Secondo lui toccava al venditore l'interromperla, mediante una confessione del compratore inserita nel contratto di vendita, o mediante un atto fatto dopo la vendita, e prima che la prescrizione si verificasse. Il venditore aveva dei dritti condizionali sulla cosa, e l'art. 1180 l'autorizzava a fare degli atti conservativi.

Non posso conciliare questa decisione coi principj.

Il compratore con patto di recupera è proprietario. Il fondo serviente e il fondo dominante si sono trovati riuniti in sua mano: la servitù si è estinta per la riunione (artic. 705 del Cod. civ.). Come mai avrebbe potuto il venditore fare atti conservativi? Non si conserva sennonchè ciò che esiste.

Sotto un altro riguardo, il venditore trovavasi in una impossibilità non meno radicale di agire. Egli non era più proprietario del fondo dominante; la servitù non gli apparteneva più; egli l'aveva alienata con la cosa. Egli quindi non poteva più fare atti di possesso pel mantenimento di cotesta servitù. Ma se gli atti di possesso gli erano vietati, come mai potevano essere opportuni gli atti d'interruzione destinati a farne le veci?

Ora cosa è avvenuto? Il titolo in virtù del quale Pietro era divenuto proprietario del fondo B è stato annullato. Cotesto evento, riponendo le cose nello stato di prima, renderà al precedente padrone del fondo B tutti i dritti anteriori alla vendita. La servitù colpita dalla riunione rinascerà; l'art 2177 del Codice civile lo decide espressamente (2); esso lo decide col buon senso che insegna la prescrizione essere stata sospesa durante il tempo della riunione (3). *Contra non valentem agere non currit præscriptio*. Non è forse una contraddizione che, essendo sospesa la prescrizione, esiga Duranton degli atti conservativi e d'interruzione (4)?

738. Il compratore con facoltà di retratto deve conservare la cosa da buon padre di famiglia (5). Abbiamo spiegato sopra (6) qual genere di colpa si comprenda in questa obbligazio-

(1) T. 16, n. 411.

(2) V. il mio com. su quest'art., Ipot., n. 841.

(3) Pardessus è anch'esso di questa opinione (Servitù, n. 300).

(4) Giova consultare su questi principj una decisione di Naucy del 28 Giugno 1833, nella lite della principessa di Poix contro le comuni di Saint-George e Hattigny (Raccolta delle decisioni di quella corte, t. 1, part. 2, p. 30).

(5) Pothier, *Vente*, n. 401.

(6) N. 361 e seg.

ne. Così il compratore dovrà pagare al retraente tutti i guasti che sono avvenuti per sua colpa *pendente conditione*. Tiraquello si esprime nel modo seguente sopra questo punto di dritto: « Sed quantum ad priorem « quæstionem, qua scilicet res *culpa* « *emptoris* ante oblationem periit, non « omnino res est indubia, quia, licet « emptor esset interim dominus rei, « ea tamen jam erat, ut diximus, ob- « noxia retractui, ex ipso contractu « venditionis; ideoque ea interim uti « debuit, ut bonus paterfamilias, ut « alia re subjecta restitutioni.... »

Quindi, dopo aver risposto a molte obiezioni ed affermazioni contrarie, egli aggiunge: « Et ne quis amplius « dubitet, textum habemus expres- « sum, dominum rei subjectæ restri- « ctioni teneri de incendio, sua culpa « in re ipsa contingenti: in leg. *Si* « *modo*, D., *De legat.* 1° (1). »

Ma il compratore non risponde dei guasti in cui non ha colpa e che sono il resultato dell'uso della cosa. Tiraquello dà quest'esempio (2). Pietro aveva venduto un molino con patto di retratto. Le macine e gli altri arnesi erano nuovi. Durante il tempo del retratto, l'acquirente si era servito del molino con molta assiduità, e le macine erano logorate. Si domandava se gli corresse l'obbligo di sostituirne delle nuove e restituire le cose nello stato in cui si trovavano all'epoca della vendita. Tiraquello risponde che non era obbligato a nulla, dacchè aveva adoprato la cosa pel suo uso naturale (3).

739. Ho fatto conoscere la posizione del compratore durante il termine di grazia. Diamo un'occhiata a quella del venditore; a dire il vero il nostro articolo non se ne occupa; ma vi ha correlazione intima tra le due situazioni, di modo che l'una reagisce necessariamente e virtualmente sull'altra, nè si possono separare.

Il venditore non è più proprietario della cosa venduta con condizione di recupera. Egli ne è totalmente spogliato, e siccome lo abbiamo detto al n. 734, il dominio si è trasferito nel compratore.

Cionnondimeno il venditore ha sulla cosa un dritto sospeso da una condizione (4). Egli è investito del dritto di riprenderla, se rimborsa nei termini, e questo dritto è impresso sulla cosa, e la segue, quando è immobile, in qualunque mano passi.

740. Io mi basava su queste idee quando nel mio comento sulle ipoteche (5) sosteneva, che il venditore può, in virtù dell'art. 2125 del Codice civile, ipotecare condizionalmente l'immobile gravato del suo dritto di retratto. Quantunque sia giunta a mia notizia, dopo la pubblicazione dell'opera citata, una decisione della corte di Bordeaux del 5 Gennajo 1833 (6) che rigetta questa dottrina, persisto cionnondimeno a considerarla come la sola esatta e razionale. La corte di Bordeaux ha preso isolatamente l'articolo 2129, e non l'ha conciliato, come avrebbe dovuto, coll'art. 2125, che è la vera sede della materia; bi-

(1) Tiraquello, *De retract. gentil.*, til. fin., n. 67 e 71. Despeisses, p. 43, *nono.* V. *infra*, n. 764.

(2) *De ret. convent.*, ad tit. fin., n. 86.

(3) Egli cita la legge *Usufructus*, § *si vestis*. Dig. *De usuf.*, e la legge *De his*, C. *De donat. inter virum*, su cui Baldo ha detto: « *Maritum non teneri, soluto* « *matrimonio, reddere bona paraphernalia attrita, nisi* « *qualia nunc sunt.* »

(4) V. il mio com. sulle Ipot., n. 469.

(5) *Loc. cit.*

(6) Dal., 33, 2, 94.

sogna persuadersi che in ogni vendita con patto di recupera vi sono due dritti paralleli che investono la cosa in gradi più o meno intimi, più o meno disuguali; 1° il dritto del compratore, che la ritiene *pendente conditione*, e che ne è investito in virtù del titolo più efficace, quello di proprietario, ma il cui dritto è resolubile secondo l'evento della condizione; 2° il dritto del venditore, che investe la cosa meno intimamente, poichè ha rinunziata la proprietà, ma che però si stringe ad essa con stretti legami, che la insegue senza intermissione in qualunque mano trascorra, e che finalmente si può convertire in un dritto di proprietà pieno, intero ed incommutabile, se la condizione si verifica. Convincendosi di questa doppia posizione, specialmente di quella del venditore, che è così definita, così chiara, non è più possibile parteripare gli scrupoli della corte di Bordeaux, se pure non vogliamo cancellare l'articolo 2125 del Codice civile.

741. Se il venditore con patto di recupera può ipotecare condizionalmente *pendente conditione*, egli può certamente stipulare una vendita sottoposta alla stessa condizione (1). La ragione ne è riguardo a ciò più manifesta che riguardo all' ipoteca. Ho detto infatti (n. 702), che il venditore ha la facoltà di cedere il suo dritto di retratto. Ora, non si viene a far così una cosa equivalente alla vendita diretta dell'oggetto? Per questo la giurisprudenza, volendo tenere a freno mediante una saggia e giusta interpetrazione i cavilli e le sottigliezze, ha deciso, secondo si è veduto (2), che la vendita della cosa stessa, fatta *pendente conditione*, è lo stesso che una cessione dell'azione.

Cionnondimeno, le decisioni non sono state sempre animate da un concetto così largo ed elevato. Si sono spinte ad atti di rigore favorevoli al litigio e contrarie ai veri principj; e la corte di cassazione, che avrebbe dovuto opporsi a simili deviazioni dal vero, le ha protette colla sua tendenza troppo decisa ai rigetti.

Eccone un esempio. Il 12 Dicembre 1807, Raison vende un immobile a Lourdel, con facoltà di retratto nei tre anni. Prima della scadenza del termine, gli eredi Raison vendono quello stesso immobile a Grangez; in seguito esercitano il retratto; e, con insigne mala fede, vendono a Lourdel la cosa ch'essi avevano dianzi ritirata dalle di lui mani, ed anteriormente alienata a favore di Grangez.

In breve insorgono difficoltà tra Grangez, che pretende essere acquirente anteriore, e Lourdel, che sostiene aver lui acquistato la cosa altrui. Sentenza della corte di Amiens, 7 Maggio 1823 a favore di Lourdel, sotto pretesto che la vendita effettuata a Grangez era tutt'altro che la cessione del dritto di recupera, e che la vendita fatta a Lourdel doveva in tutti i casi preferirsi, perchè fu seguita da tradizione e investimento reale, mentre l'altra consisteva in una pura personalità. Per queste ragioni essa invocava la legge *Quoties*, al Cod., *De rei vindicat.*

Nel ricorso, la sezione delle istanze confermò cotesta decisione per questo breve ed unico motivo. « Che « all'epoca del 5 Febbrajo 1810, Rai« son non avendo esercitato la facol« tà di retratto, e non essendo rien-

(1) *Supra*, n. 235.
(2) *Loc. cit.*

« trato nella proprietà, i suoi eredi « non avevano potuto disporre a fa- « vore di Grangez (1). » Ma a me sembra che la quistione era bastantemente importante perchè si dovesse trattare altrimenti che con sì lieve considerazione, la quale trascura gli aspetti principali della difficoltà. Procurerò di porli in luce e presentarne succintamente la soluzione.

Lasciamo per ora in disparte la legge *Quoties*. La corte di Amiens ha troppo rammentato l'antico suo essere di paese di registro (*nantissement*); ma essa avrebbe dovuto rammentarsi egualmente che il Codice civile ha adottato altri principj intorno alla trasmissione della proprietà. In sostanza, io non posso credere che nella specie vi fosse vendita della cosa altrui; e, per provarlo, non insisterò sulla equipollenza di cui parlava dianzi, tra una simile vendita e una cessione del dritto di retratto. Argomenterò solo dall'artic. 2125 del Codice civile (2), il quale permettendo d'ipotecare un immobile sul quale posa un dritto sospeso da una condizione, permette, per un'analogia irresistibile, di venderlo condizionalmente. Avrei desiderato che la corte di cassazione ponesse la quistione su questa base. Non mi sembra degno dell'alta sua missione averla evitata.

Ma, in conclusione, si pretende che vi sia stata originariamente vendita della cosa altrui? Lo concederò per ora, senza essere obbligato perciò a disdirmi intorno all'erroneo giudicato della corte di Amiens e della corte regolatrice.

Dacchè gli eredi Raison avevano esercitato il retratto, la vendita fatta a Grangez, quantunque nulla in origine, si trovava ratificata e consolidata da quel fatto. L'ho provato con le autorità più gravi nel mio comento sulle Ipoteche (n. 517, 518, 519, 521). Dunque Lourdel, avendo comprato posteriormente alla detta conferma, era obbligato a rispettarla. Ho provato anche questo con testimonj non meno gravi nella stessa opera (n. 522 e seg.). Per qual motivo doveasi dunque annullare la vendita di Grangez? Almeno se tutte coteste quistioni si doveano risolvere contro di lui, del che non convengo per certo, bisognava studiarle a fondo e risolverle; imperocchè esse sono *plenissimæ juris*, come dice Cujacio, ed erano degne dell'alta dottrina della corte suprema.

(1) Dal., *Vente*. La decisione è del 4 Agosto 1824.

(2) Vedine il com. nelle mie Ipot., n. 465 e seg.

ARTICOLO 1666.

Può opporre il beneficio della escussione ai creditori del suo venditore.

SOMMARIO.

742. Quando il compratore con recupera è molestato dai creditori ipotecarj, egli può opporre il beneficio della escussione.

743. Ma non può prevalersene contro i creditori chirografarj che esercitano il dritto di recupera in luogo del loro debitore.

COMENTO.

742. Ho detto sopra (n. 703) che i creditori del venditore possono esercitare in luogo del loro debitore il dritto di retratto. I creditori di cui parlava allora, sono semplici creditori chirografarj; imperocchè se fossero ipotecarj, avrebbero un dritto più diretto sulla cosa gravata del retratto e su cui la loro ipoteca è soprapposta. Essi potrebbero occuparla e privarne il compratore in forza dell'azione ipotecaria. Questo dritto è molto più sicuro di quello dell'esercizio del retratto, e gode sopra quest'ultimo il vantaggio immenso, che i creditori non sono costretti a disborsi spesso superiori a' loro mezzi.

L'art. 1666 suppone dunque che il compratore con recupera sia molestato dai creditori che hanno un'ipoteca sulla cosa; e per provar meglio ch'egli è un vero proprietario, un terzo detentore ordinario, dichiara che può opporre il benefizio della escussione (1). Questa disposizione è il semplice corollario dei principj che abbiamo rammentati sotto l'articolo precedente.

743. Osservate però che l'articolo 1666 non autorizza l'acquirente ad opporre il benefizio della escussione ai creditori chirografarj che esercitassero il dritto di retratto. Egli non potrebbe opporlo al venditore, dacchè è personalmente obbligato verso di lui a soffrire il retratto; non potrebbe conseguentemente prevalersene contro coloro che si valgono, in luogo del venditore, dell'azione personale di quest'ultimo.

(1) V. intorno al benefizio della escussione, il mio comento sugli art. 2170 e 2171 del Codice civile, al titolo delle Ipoteche.

ARTICOLO 1667.

Se il compratore di parte indivisa d'un fondo col patto di retratto è divenuto *aggiudicatario* del fondo intiero per la licitazione *provocata contro lui*, può obbligare il venditore a redimere tutto il fondo quando egli voglia far uso del patto.

SOMMARIO.

744. Dritto del compratore con recupera di una parte indivisa di un immobile, che si è reso aggiudicatario del fondo intiero. Egli può costringere il retraente a redimere tutto il fondo.

745. Ma egli non ha questo dritto fuorchè quando è stato costretto a costituirsi aggiudicatario in forza di una domanda di divisione diretta contro lui. Egli non l'ha quando la divisione è provocata da lui medesimo.

COMENTO.

744. L'art. 1667 prosegue l'enumerazione dei dritti che competono al compratore con patto di recupera. Esso si occupa di un caso particolare rarissimo in pratica, ma che bisognava prevedere onde prevenire delle dif-

ficoltà di cui l'esito poteva essere pregiudicevole a colui sul quale si esercita il retratto. Ecco la ipotesi che considera.

Un individuo ha comprato con recupera una parte indivisa in un fondo. I comproprietarj, volendo conseguire la divisione, hanno provocato una licitazione, ed egli, per conservare la sua porzione, si è reso aggiudicatario della totalità. Ma giunge il momento della recupera, e il venditore dichiara volerne approfittare. Se il retratto si opera soltanto per la parte venduta, la indivisione incomincia di nuovo, e converrà procedere ad un'altra divisione, vale a dire a una seconda licitazione. Per evitare gl'inconvenienti che potrebbero derivare o da una indivisione, sorgente di contese, o da divisioni reiterate, cagione di spese, il legislatore ha pensato che il compratore poteva costringere il retraente a prendere la totalità dell'immobile; e in ciò non ha creduto far torto al compratore medesimo. Imperocchè l'affetto che porta alla frazione della cosa che ritira, è una presunzione che, nel caso di licitazione, esso si renderebbe aggiudicatario e farebbe ciò che il suo acquirente aveva creduto dover fare all'epoca della divisione provocata contro di lui.

745. Ma bisogna osservare che l'art. 1667 non permette questa disposizione di favore per l'acquirente, se non quando la licitazione fu provocata contro di lui; la legge suppone ch'ei sia stato costretto da una forza per dir così maggiore, a costituirsi acquirente. Ma non dovrebbe godere lo stesso benefizio, se avesse egli stesso provocato la divisione e dato luogo alla licitazione (1).

(1) *Jauge*, Duranton, t. 16, n. 413.

ARTICOLO 1668.

Se più persone hanno venduto unitamente, e mediante un solo contratto, un fondo tra essi comune, ciascuno può promuovere l'azione di retratto sopra la parte soltanto che gli spettava.

ARTICOLO 1669.

Avrà luogo la stessa disposizione, quando quegli che solo ha venduto il fondo avesse lasciati più eredi.

Ciascuno di questi eredi può far uso della facoltà di retratto per quella parte soltanto della quale egli è erede.

ARTICOLO 1670.

Il compratore però nei casi espressi nei due precedenti articoli può esigere l'intervento in causa di tutti i convenditori o di tutti i coeredi, affinchè si concordino tra essi pel retratto del fondo intiero; e, se non concordano, egli sarà assoluto dalla domanda.

SOMMARIO.

746. Dell' azione di recupera considerata rispetto alle indivisibilità.
747. Quando è divisibile e quando indivisibile?
748. Il compratore non recupera può costringere tutti gli eredi del venditore a concordare per esercitare insieme il retratto. Fondamento di ciò. Inconvenienti della indivisione.
749. In qual senso l'articolo 1670 dice che gli eredi debbono concordare fra loro? Spiegazioni relative. Antica giurisprudenza.
750. *Quid*, sotto il Codice civile? Equivoco nella compilazione dell'art. 1670.
751. *Quid*, se tra i coeredi, alcuni hanno lasciato scadere i loro dritti?
752. Il retraente deve anticipare le spese di chiamata e causa de' suoi consorti.
753. Del caso in cui il dritto di recupera viene stipulato in solido.

COMENTO.

746. Il dritto di recupera produce un'azione di cui parecchie qualità già furono da noi accennate (1). Ora dobbiamo considerarlo rispetto alla sua divisibilità.

747. L'azione di recupera è divisibile, quando (e ciò succede quasi sempre) la cosa venduta è divisibile, come un fondo (2).

Questa divisibilità ha luogo tanto attivamente quanto passivamente, cioè tanto dal lato del venditore che ha dritto di esercitare il retratto, quanto dal lato del compratore che lo deve subire.

Gli art. 1668 e 1669 del Codice civile contengono l'applicazione di questa regola pel primo caso. L'art. 1672 si occupa della divisibilità nelle sue relazioni col secondo.

Incominciamo da ciò che concerne la divisibilità considerata attivamente (3).

Se il venditore ha lasciato più eredi, l'azione in retratto si divide fra loro di pieno dritto, e ciascuno di essi può esercitarlo per quella parte soltanto della quale egli è erede.

Che se vi sono più venditori, quando anche la vendita ri riferisse ad un fondo comune tra loro, e fosse stata fatta congiuntamente e con un atto solo, ciascuno di loro non può esercitare l'azione di recupera, fuorchè per la parte che esso vi ha.

748. Pure, se il compratore stima non essergli giovevole di ritenere delle porzioni indivise di un fondo comprato da lui con animo di esserne solo proprietario, non lo potranno costringere a soffrire un retratto parziale. Egli avrà dunque dritto di esigere che l'attore chiami in causa i convenditori o i suoi coeredi, perchè concordino fra loro pel retratto del fondo intiero; se non concordano, egli sarà assoluto dalla domanda (4).

Questa decisione è fondata su ciò, 1° il dritto di retenzione è indivisibile, quantunque si applichi a una cosa divisibile; non ha forse il venditore la facoltà di ritenere la totalità della

(1) N. 698, 699, 700, 702, 728, etc.

(2) Pothier, *Vente*, n. 397.

(3) Molinèo ha trattate molte quistioni ardue che anticamente intralciavano questa materia, e di cui egli ha sgombrato la giurisprudenza (*Tract. de divid.*, f. 3, n. 582, 589, 590, 605, 606). Tiraquello stesso non riuscì nella spiegazione di parecchie, ed è una guida poco sicura nelle quistioni di divisibilità di obbligazioni; imperocchè scriveva senza conoscere l'opera immortale di Molinèo (V. per esempio, la confutazione che ne fa Molinèo, n. 605).

(4) Molinèo, *loc. cit.*, p. 3, n. 587, 592, 593.

cosa, finchè la totalità del prezzo non gli vien pagata (1)? Per la stessa ragione, il compratore, obbligato a rendere la cosa mediante il rimborso del prezzo, ha dritto di ritenerla in totalità finchè non sia intieramente soddisfatto (2); 2° il retraente deve indennizzare completamente il compratore e riporlo nello stato in cui era prima della domanda. Ora, se il retratto non si effettuasse per la totalità, il compratore non sarebbe indenne, poichè sarebbe obbligato a soffrire l'incomodo di una comunione contraria al concetto primitivo del suo contratto, di cui lo scopo era procurargli un fondo intiero e senza divisione; egli non verrebbe riposto nello stato in cui trovavasi prima del suo acquisto (3). È chiaro che ciò fu introdotto a favore del compratore, e la divisibilità dell'azione non ne viene alterata.

749. Vediamo adesso che cosa l'art. 1670 ha inteso dire con queste parole, *e, se non concordano, egli sarà assoluto dalla domanda*. Bisogna forse necessariamente che tutti i venditori o gli eredi concordino di far causa comune per ritirare la totalità della cosa; oppure, la resistenza di alcuni di loro a valersi del retratto, verrà considerata come un difetto di accordo valevole a produrre un motivo d'inammissibilità contro coloro che vorranno redimere l'intiero fondo?

La quistione è importante. È necessario schiarirla dando uno sguardo al dritto anteriore al Codice civile.

Secondo l'antica giurisprudenza, non era necessario che i convenditori o i coeredi concordassero fra loro. Se uno di loro ricusava esercitare la recupera per la sua parte, questa parte si accresceva, in certo modo, agli altri (4); non si voleva che la resistenza di un solo facesse scadere il dritto di tutti; pensavano non si potesse lagnare il compratore, se, per esempio, uno solo dei venditori, o uno solo degli eredi del venditore, si presentava per rispondere al desiderio espresso da lui, che il prezzo gli venisse reso in totalità, e che non fosse obbligato a rivendere in parte. Ecco come si esprime il presidente Fabro intorno a questo punto di dritto, stabilito d'altronde sopra basi irremovibili da Molinèo (5). « Quoties « hæreditarium aliquod jus est redi« mendæ rei, quæ a defuncto vendi« ta erat, sive ex conventione com« petat, sive ex causa immodicæ læ« sionis, potest unus ex cohæredi« bus, *vel invitis aliis*, jure proprio, « jus illud exercere. Propterea, quod, « siculi non est cogendus is a quo re« dimitur ut partem retrovendat, qui « utique partem non fuerat emptu« rus: *ita cohæredum agere fortas« sis nolentium contumacia*, damno « afficere non debet eum qui in jure « suo persequendo vult esse diligen« tior (6). » Il presidente Fabro cita in sostegno di questa opinione una decisione del senato di Chambéry. Pothier opina egualmente (7).

Sennonchè vuolsi osservare come ciò non avesse luogo, se non quando il compratore non voleva sopportare il retratto di una porzione. Fabro e Pothier ne fanno l'osservazione posi-

(1) *Supra*, n. 311.
(2) *Idem*, n. 594.
(3) Pothier, *Vente*, n. 397, secondo Molinèo, n. 592, 598.

(4) Tiraq., § 1, glossa 6, n. 37.
(5) *De divid.*, part. 3, n. 583, 584.
(6) Cod., lib. 3, t. 25, def. 9.
(7) *Vente*, n. 397.

tiva, e uno degl' interessati non sarebbe stato accolto, contro il volere del compratore, a redimere il tutto (1); imperocchè non conveniva che si potesse rivolgere contro il detto acquirente l' obbligo di rodimere la cosa intera, che fu introdotto snltanto in di lui favore. Ma ciò venendo ammesso, e la volontà del compratore essendo manifesta per un retratto totale, è certo che il rifiuto di uno dei venditori o di uno degli eredi non era ostacolo al dritto dei loro consorti.

750. L' art. 1670 del Codice civile ha forse inteso seguire coteste tracce?

Convengo intieramente che nelle espressinni ch' esso usa riscontrasi un'ambiguità che può dar luogo alla controversia; però non ammetterò mai ch'esso abbia voluto allontanarsi dalle idee di giustizia e di equità seguite dall' antica giurisprudenza.

Quando l'art. 1670 costringe i convenditori e i coeredi a deliberare intorno alla ripresa dell' immobile, l'oggetto della deliberazione che domanda loro è unicamente che vogliano prendere un partito intorno al retratto totale del fondo, ai mezzi di convertire in un' azione per la totalità, l' azione parziale che compete a ciascuno di loro. I termini del nostro articolo lo spiegano bastantemente: *affinchè si concordino tra essi pel retratto del fondo* INTIERO.

Dopo ciò, poco importano i mezzi onde verrà conseguito cotesto retratto totale. Poco importa che ognnno aggiunga la sua parte di aziono a quella del suo consorte e cho vi sia una unione di tutti i dritti; oppure, che, negando alcuno di agire, gli altri consentino a prendersi tutto il peso dell' azione; vi sarà pur sempre accordo per l'esercizio del retratto intiero. Il rifinto degli uni verrà snpplito dal consenso degli altri a fare le loro veci, e si sarà formata una volontà per riacquistare il fondo totalmente secondo i desiderj dell' acquirente. Così io intendn l' art. 1670.

Secondo me, non vi sarebbe mancanza di conciliazione *pel retratto del fondo intiero*, fuorchè nel caso in cui alcuni non volendo esercitare la loro parte di recupera, i loro consorti si astenessero da un'azione che eccederebbe la loro quota. Ecco il difetto di accordo che costituirebbe pel compratore un motivo d' inammissibilità. Ma finchè vi sarà resoluzione di redimere la cosa intiera, il compratore dovrà rinunziare alle sue eccezioni. È indifferente ad esso che tutti i consorti facciano causa comnne, oppure che un solo consenta, in loro mancanza, ad assumere il carico dell' azione per la totalità. Sì nell' uno che nell' altro caso, l' accordo esiste nel senso dell'articolo 1670: imperocchè una volontà è sorta dal dibattimento, e il retratto totale ha vinto la divisione dell' azione. Credo pnter sostenere questa opinione col § ultimo dell' articolo 1671 (2).

751. *Quid*, se uno dei convenditori, o uno dei coeredi, presentandosi in tempo ntile per esercitare la sua parte di azione, fosse costretto dal compratore a chiamare in causa i suoi

(1) « Intellige, dice Fabro *(loc. cit.)*, intellige « tamen si emptor valit recedi a toto contraatu. Alio« qui potest, si malit, pro cohæredum portionibus « rem retinere, nec cogitur eam ratrovendera ei qui « mandatum ab aliis non habet. » *Junge*, Caronda, Rép., lib. 12, cap. 54, e Despeissea, t. 1, p. 46, n. *decimo tertio*.

(2) Anche Duranton è di questa opinione, ma la dichiara senza discuterla, t. 16, n. 416.

consorti, e questi fossero decaduti dal loro dritto perchè non avessero esercitata la loro azione nel termine voluto dall' art. 1660?

Non credo che questa circostanza possa nuocere al retraente e giovare al compratore. Non potrebbe nuocere al primo, perchè, siccome l'ho detto nel numero precedente, egli potrebbe assumersi il carico di esercitare l' azione per la totalità; essa non potrebbe giovare al secondo, perchè, esigendo che si esercitasse il retratto per le parti dei convenditori o dei coeredi decaduti dai loro dritti, rinunzierebbe necessariamente con ciò a prevalersi del loro decadimento.

752. In tutti i casi, le spese di citazione a causa dei consorti debbono anticiparsi dal retraente. Imperocchè non spetta citarli all' acquirente (1).

753. Ho detto sopra (n.747 e seg.) che, in massima, l'azione di recupera è divisibile, e che ogni venditore non la può esercitare eccettochè per la sua quota e porzione. Se però la vendita venisse fatta in solido da due o più venditori, che avessero stipulato in solido la facoltà di retratto, bisogna dire che in questo caso ciascuno di loro potrebbe prevalersi della recupera per la totalità (2). Ma quegli che avesse ritirata la cosa intiera dovrebbe accordarsi co'suoi consorti.

Ecco malgrado ciò un esempio in cui questa obbligazione fu contrastata innanzi la corte di Lione (3).

Pillaz, e L. Jordan vendono congiuntamente in solido con facoltà di recupera un appezzamento di terra. Spirando il termine di grazia, Jordan si presenta solo, paga la totalità della recupera, ed il compratore gliene rilascia quitanza pura e semplice.

Jordan, credendosi proprietario, rivendè l'appezzamento di terra, che passa successivamente in più mani. Intanto Pillaz reclama i suoi dritti e pretende essere proprietario a metà. Jordan, molestato da questo reclamo, adotta il partito di sostenere ch' egli è stato surrogato di pieno dritto all'acquirente, giusta l'art. 1251, § 3 del Codice civile; che, però, egli è divenuto proprietario unico. Il tribunale di prima istanza di Belly (vedi stranezza!) adotta cotesto mezzo di difesa e rigetta la domanda di Pillaz. Non era possibile abusare più gravemente di quell' articolo del Codice civile. Senza dubbio, Jordan era surrogato ai dritti dell'acquirente in questo senso che poteva esigere da Pillaz la parte del prezzo che questi sarebbe stato obbligato di pagare a quell' acquirente per esercitare il retratto; ma decidere che gli era surrogato nella proprietà, è supporre che la proprietà fosse l'accessorio del credito, presso a poco come un' ipoteca è annessa a titolo di garanzia a un dritto incorporeo! è dimenticare che, se l' acquirente è creditore del prezzo di recupera, è debitore della cosa, e che perciò, col parlare di surrogazione si veniva a condannare Jordan a rendere quella cosa in natura, egualmente che colui di cui faceva le veci. Oltredichè, non vedeva il tribunale che Jordan null'altro era stato fuorchè il *negotiorum gestor* del suo consorte, che aveva pagato per lui e per suo conto, che conseguentemente egli aveva già operato la recupera a suo favore fino a concorrenza della parte

(1) *Jauge*, Duranton, t. 16, n. 416.

(2) Molinèo, *De divid. et individ.*, parte 3, n. 577 e 582.

(3) Dal., 27, 2, 89.

che gli spettava? Però la decisione del primo giudice fu annullata con sentenza della corte di Lione del 7 Settembre 1826.

ARTICOLO 1671.

Se la vendita d'un fondo spettante a più persone non è stata fatta unitamente e dell'intero fondo, e che ciascuna abbia venduta la sola sua parte, esse possono separatamente promuovere l'azione di recupera sopra la porzione che loro apparteneva.

Il compratore non può astringere quello che la promovesse in questo modo, a redimere tutto il fondo.

SOMMARIO.

754. Del dritto del compratore quando la vendita non è stata fatta unitamente. Può costringere i retraenti a recuperare la cosa intiera?

755. In quali casi havvi vendita fatta unitamente? Unità di contratto; unità di prezzo; unità nella cosa.

COMENTO.

754. Gli articoli precedenti ci hanno mostrato più venditori di un oggetto indiviso trasmesso congiuntamente e con un atto solo, alle prese con l'acquirente a patto di recupera. Abbiamo veduto come in virtù dell'art. 1670 il detto acquirente possa costringerli a ritirare la cosa in totalità, non essendo obbligato a soffrire la divisione di un oggetto ch'egli ha comprato con animo di averlo intiero.

Ma il compratore a patto di recupera non può esigere lo stesso, quando la cosa gli è stata venduta in forma divisa, e per la porzione che ciascuno dei venditori vi aveva; in questo caso sono tante le vendite quante sono le parti distinte; i venditori non sono uniti da nessun vincolo solidario, nè potrebbe il compratore maravigliarsi che una parte venisse ritirata mentre le altre gli rimarrebbero. Egli non può dire di avere acquistata la cosa come un tutto omogeneo, per possederla in forma indivisa. È vero al contrario che egli ha comprato in frazioni e col rischio di soggiacere ai voleri diversi di coloro cui ha promesso la recupera.

755. Ma quando havvi vendita fatta unitamente?

L'art. 1666 vuole in primo luogo che la vendita della cosa comune venga fatta collo stesso contratto. Imperocchè se fosse fatta con più contratti successivi, non potrebb'essere che una vendita di parti distinte.

Non basta che venga fatta collo stesso contratto; imperocchè nulla impedisce che lo stesso atto contenga più operazioni distinte. Bisogna ancora che venga fatta per un prezzo solo (1). L'unità di prezzo è un nuovo indizio dell'unione dei venditori.

Bisogna finalmente che la vendita venga fatta senza indicazione di parti.

Ma se i prezzi sono distinti, se le parti vengono indicate in modo da annunziare una separazione d'interessi tra i venditori, vi saranno tante vendite quante sono le parti.

(1) *Junge*, Duranton, t. 16, n. 417.

ARTICOLO 1672.

Se il compratore ha lasciati più eredi, l'azione di retratto non può promuoversi contro ciascuno di essi che per la sua parte, nel caso in cui essa sia ancora indivisa, ed in quello altresì in cui la cosa venduta sia stata tra essi divisa.

Ma se l'eredità fu divisa, e la cosa venduta sia compresa nella porzione di uno degli eredi, l'azione di retratto può essere intentata contro di lui per la totalità.

SOMMARIO.

756. Della divisibilità dell' azione di recupera dal lato degli eredi del compratore.
757. *Quid*, se vi è stata divisione?
758. L'azione di recupera è pur'essa divisibile se vi sono due compratori, e il venditore può esercitare il retratto soltanto per la parte di uno di loro.

COMENTO.

756. Dopo considerata la divisibilità dell'azione di recupera dal lato del venditore, ci resta ad esaminarla nelle sue relazioni coll'acquirente.

L'azione di recupera si divide fra tutti gli eredi del compratore, che vi sono obbligati solo per la loro quota e porzione; imperocchè il suo oggetto è un fondo, che è cosa divisibile (1).

757. Ma se vi è stata divisione, e se il fondo è passato intieramente nella quota di uno degli eredi, questi dovrà subire la recupera per la totalità; poichè è terzo detentore. (Art. 1666.)

Dovremo decidere egualmente se, senza che vi sia stata divisione, un solo degli eredi possedesse la cosa, per usurpazione, per tolleranza, o altrimenti?

Credo che si debba ammettere l'affermativa, a cagione della realtà dell'azione di recupera. Così opina Tiraquello. « Tu autem adde ad eam So« cini sententiam, quod in quibusvis « actionibus personalibus, etiam stri« cti juris, cum quibus concurrit rei « vindicatio, *is potest conveniri in « solidum, apud quem tota res repe« ritur* (2). »

Del resto, l'azione personale non sussiste perciò meno contro gli altri eredi; e se il venditore preferisse esercitare contro di loro il suo regresso, egli lo potrebbe, anche nel caso di divisione. Il nostro articolo dandogli il dritto di redimere per la totalità, ha voluto investirlo di una facoltà, e non imporgli un dovere (3).

758. Tutto ciò si applica al caso in cui un fondo fu comprato con condizione di recupera da due acquirenti. Si suppone che la cosa si è divisa tra loro. « Hujusmodi pactum, dice Ti« raquello (4), vel non est unicus con« tractus, vel certe in eo sunt suæ « obligationes, quibus scilicet quili« bet emptorum tenetur revendere. « Ideoque poterit venditor quemlibet « eorum compellere ad revendendam « suam partem. »

(1) Prima di Molinèo, le opinioni su ciò erano diverse (Tiraq., § 1, glosse 6, n. 41 e seg.).

(2) § 1, glossa 6, n. 42, 43.

(3) *Junge*, Duranton, t. 19, n. 419.

(4) § 1, glossa 6, n. 45.

Segue da ciò, che il venditore potrebbe redimere la porzione toccata all'uno dei compratori, e rinunziare a ritirare l'altra (1). In questo caso non si potrebbe far valere la ragione che essi non hanno comprata la cosa se non con animo di possederla intera. Imperocchè, non essendo nè l'uno nè l'altro proprietarj per la totalità, essi hanno acquistato da prima in comune per quindi dividere.

(1) Tiraq., *loc. cit.*

ARTICOLO 1673.

Il venditore che fa uso del patto di retratto, deve rimborsare non solo il prezzo capitale, ma ancora le spese fatte per la vendita, per le riparazioni necessarie, e per qualunque altro legittimo pagamento, e per quelle altresì che hanno aumentato il valore del fondo, sino all' importare di questo aumento. Non può rientrare in possesso se non dopo aver soddisfatto a tutte queste obbligazioni.

Quando il venditore rientra in possesso del fondo in virtù del patto di retratto, lo riprende esente da tutti i pesi ed ipoteche, di cui il compratore lo avesse aggravato; è però tenuto a mantenere le locazioni fatte dal compratore senza frode.

SOMMARIO.

759. Delle condizioni che conviene adempiere perchè il venditore recuperi il possesso della cosa. Divisione della materia.
760. Prestazioni cui il venditore è sottoposto. Del prezzo. Degl' interessi. De' miglioramenti.
761. *Quid*, s'egli esercita la recupera contro un terzo detentore?
762. Finchè il venditore non ha pagate quelle prestazioni, il compratore si vale del dritto di ritenzione.
763. Ma il compratore può rinunciare al dritto di ritenzione senza perdere la sua azione personale.
764. Obbligazioni e prestazioni del compratore sottoposto alla recupera. Egli è obbligato dei deterioramenti.
765. Egli deve render la cosa nello stato in cui si trova naturalmente, e senza sua colpa.
766. A chi appartenga l'alluvione.
767. A chi appartenga il tesoro nascosto.
768. Il compratore deve ritenere le aggiunte che ha fatto alla cosa. A chi spetti provare i limiti della cosa venduta sotto condizione di recupera, se al venditore o al compratore. Dottrine relative.
769. Dei frutti pendenti all' epoca della vendita. Se il venditore con patto di recupera possa esigere che il compratore ne lo indennizzi. Disparere con Pothier.
770. Dai frutti pendenti all' epoca del retratto. Essi debbono dividersi *prorata* del tempo. Disparere con Pothier.
771. Ciononondimeno, la divisione non si dovrebbe fare se il compratore avesse fatte tante raccolte quanti anni ha avuto il godimento.
772. Seguito. Consiglio dato a coloro i quali stipulano una recupera.
773. Il venditore che lucra i frutti pendenti all'epoca del retratto, deve le spese delle lavorazione.
774. Se il venditore debba depositare per avere dritto ai frutti.
775. Il retratto annienta gli oneri e le ipoteche stabilite *medio tempore*.
776. Ma il venditore deve rispettare la locazione fatta di buona fede.
777. Quando s'intende fatta di buona fede la locazione.
778. Rientrando nelle mani del venditore, la cosa vi prende la natura che vi aveva prima dell' alienazione.
779. Il venditore può contare per la prescrizione il possesso del suo acquirente.

COMENTO.

759. Ho esaminato accuratamente sotto l'art. 1662 le condizioni da cui la legge fa dipendere la conservazione del dritto di retratto onde impedirlo di cadere in perenzione.

Conservato il dritto, si tratta soltanto di realizzarlo con la immissione in possesso. Sennonchè anche questa immissione in possesso è subordinata ad obbligazioni importanti. Il retraente deve pagare al compratore delle prestazioni e delle indennità, senza cui questi conserva il dritto di ritenzione della cosa.

La prima parte del nostro articolo tratta delle somme che il venditore deve pagare al compratore per conseguire il godimento. Quando avremo dichiarato il valore di cotesto obbligo, ci occuperemo delle prestazioni che il venditore può dal canto suo esigere dall'acquirente.

La seconda parte dell'artic. 1673 indica gli effetti del retratto rispetto al venditore ed ai terzi che durante la condizione hanno acquistato dei dritti sull'immobile. Porremo in luce questi risultamenti.

760. Il venditore deve rimborsare il prezzo capitale ch'egli ha ricevuto dal compratore (1). Dico che *ha ricevuto*, onde non alterare il concetto dell'artic. 1659 che ho analizzato sopra, e che si serve di questa espressione notabile: *la restituzione del prezzo capitale*; la qual cosa indica che il prezzo, di cui trattasi adesso, non è quello che la cosa vale all'epoca del retratto, siccome l'hanno preteso alcuni antichi dottori (2), ma quello che è stato sborsato dal compratore e ricevuto dal venditore (3).

Il venditore non deve rendere gl'interessi, quantunque in generale formino parte del prezzo; perchè avendo il compratore goduta la cosa, non può giustamente raccogliere i frutti e gl'interessi del prezzo (4).

Se il compratore ha pagato qualche onere che formava parte del prezzo, l'ammontare del medesimo deve essergli rimborsato (5).

Il venditore deve pagare quindi le spese fatte per la vendita (6), nel che si comprendono gli emolumenti del notaro, la senseria, i regali, i dritti di registro, etc. *Indemnis enim debet emptor discedere.*

Oltredichè deve rimborsare le spese di riparazioni necessarie, in totalità; e quelle che hanno aumentato il valore del fondo, fino a concorrenza dell'aumento. Ciò risulta dal nostro articolo. Del resto ho trattato la materia delle spese e miglioramenti nel mio comento sul titolo *delle Ipoteche* (7). Vi si troverà la soluzione delle quistioni che possono presentarsi adesso. Ma il venditore non è obbligato delle spese di mantenimento, perchè sono un onere dei frutti di cui il compratore ha profittato (8).

(1) Pothier, *Vente*, n. 412.
(2) Pothier li confuta, *loc. cit.*
(3) *Supra*, n. 696.
(4) Pothier, *Vente*, n. 417.
(5) *Idem*, n. 420.
(6) Tiraq., § 6, glossa 2, n. 1 e seg. Pothier, n. 421.
(7) Sull'art. 2175, t. 3, n. 830. Tiraquello ha anche egli esaminato queste quistioni, § 7, glossa 1, n. 1 e seg.
(8) Pothier, n. 424. Tiraq., § 7, glossa 1, n. 4, *in fine.*

Nè potrebbe essere obbligato a pagare dei miglioramenti talmente eccessivi, che non glielo permettessero le sue facoltà. Il compratore non doveva eccedere in spese ch' ei sapeva capaci d'impedire l'azione di recupera. Il fatto suo sarebbe una imprudenza o un atto di mala fede per nuocere al venditore, e sarebbe questo il caso di dire con Tiraquello: *Quod importabilem sarcinam imponit, non videtur utiliter gestum* (1). Quando il nostro articolo parla di miglioramenti, intende quelli che entrano nei calcoli prudenti di un padre di famiglia che nulla avventura (2).

Ma il compratore potrà togliere quei miglioramenti eccessivi, purchè facendo ciò non ne venga a soffrire il fondo (3).

761. Quando la recupera viene esercitata contro un terzo, il venditore è tenuto delle sole prestazioni cui sarebbe costretto se ritirasse la cosa dalle mani del compratore diretto: *Nemo ex alterius facto prægravari debet* (4).

762. Finchè il venditore non ha pagato l'ammontare di queste somme, non può entrare in possesso. Il compratore ha dritto di conservare la cosa presso di sè a titolo di pegno.

Nell'antica giurisprudenza, facevasi distinzione tra le somme liquide e non liquide di cui si componeva il valore della recupera.

Molti giureconsulti, tra i quali Pothier, opinavano non fosse il venditore obbligato ad aspettare la liquidazione delle spese fatte per la vendita; bastando ch'egli avesse pagato ciò che era liquido onde farsi rilasciare il fondo (n. 427).

Altri, egualmente seguaci di questa distinzione, non volevano però che il compratore fosse obbligato a rilasciare la cosa, se il venditore non dava cauzione di pagare quando la liquidazione fosse fatta. Despeisses cita più giudicati del parlamento di Bretagna che così decisero (5).

Ma Tiraquello combatteva tutte coteste distinzioni (6). Secondo lui il compratore non era obbligato a rilasciare il pegno, nè se le spese erano liquidate, nè se non lo erano. « Octavo declara, ut si etiam hujusmodi « impensæ, quæ restitui aut deduci « debent, non sunt liquidæ, tamen « non tenetur emptor rem restituere, « præstita sibi cautione de illis restituendis, cum erunt liquidæ: sed « tunc demum tantum, cum hæ solutæ « fuerint post earum liquidationes »; ed egli segue in ciò le opinioni di Paolo di Castro (7), e molti argomenti desunti dalle leggi Romane (8).

Sembra che il Codice abbia voluto far prevalere quest' ultima opinione. La generalità delle espressioni di cui si serve per accordare al compratore il dritto di ritenzione, esclude positivamente, secondo me, le distinzioni che Tiraquello combatteva.

763. Del resto, nulla impedisce al compratore di rinunziare al suo dritto di ritenzione. Privandosi della cosa, non conserva meno perciò la sua azio-

(1) § 7, glossa 1, n. 5. *Junge*, Despeisses, t. 1, p. 44, col. 1.

(2) L. *In fundo*, D. *De rei vindicat.* *Supra*, n. 683.

(3) Tiraq., *loc. cit.*, n. 6. V. Delvinc., t. 3, p. 162, note.

(4) Pothier, *Vente*, n. 426. Tiraq., § 7, glossa 1, n. 15. *Supra*, n. 731.

(5) T. 1, p. 44, *tertio.*

(6) § 7, glossa 1, n. 13.

(7) Cons. 268, lib. 2.

(8) L. *Cum servus*, Dig. *De condit. et demonst.* L. *Item liberatur*, § 1, Dig. *Quib. mod. pignus solv.*

ne personale onde farsi pagare di ciò che gli è dovuto. Quest' azione resta egualmente intiera, anche nel caso ch' ei si fosse lasciato condannare alla resoluzione del contratto, senza che gli fossero state fatte delle offerte per le spese, e senza che ne avesse allora richiesto il rimborso. Tutti gli antichi dottori sono di parere che all'epoca della esecuzione della sentenza egli potrebbe far valere tutti i suoi dritti (1).

764. Parliamo ora degli oblighi del compratore.

Ho detto sopra che il compratore deve fare uso della cosa qual huon padre di famiglia, ed è tenuto dei deterioramenti avvenuti per sua colpa (n. 738). Egli dunque dovrà fare tutte le spese necessarie per impedire che la cosa deperisca; altrimenti il venditore potrà renderlo responsabile della sua omissione. Se, per esempio, non restaurasse i tetti, e la pioggia producesse perciò dei guasti, egli sarebbe obbligato ai danni e interessi (2).

765. Il compratore deve rendere la cosa nello stato in cui essa trovasi (3), salvo ciò che ho detto adesso dei guasti cagionati per di lui colpa.

Così, se la cosa è deteriorata per effetto necessario del tempo (4) o per forza maggiore, il venditore dovrà prenderla com' è, e non potrà reclamare una diminuzione sul prezzo; imperocchè, da una parte, la somma ch' ei deve pagare non è quella che rappresenta il valore reale della cosa quando fa uso del retratto (5), ma sibbene quella ch' egli ha ricevuta; oltre di ciò, il retratto opera la resoluzione della vendita; le parti debbono essere riposte nello stato in cui si trovavano prima di aver contrattato, e non bisogna che il compratore ne risenta danno (6).

766. Una quistione più difficile è quella di sapere se il miglioramento che ha ricevuto il fondo per alluvione debbasi restituire al venditore, oppure se ne deve approfittar solo il compratore.

Fachinèo, che ha esaminata minutamente la quistione, ci dice che i dottori hanno dato su ciò tre soluzioni diverse.

Alcuni, come Paolo di Castro e Cagnolo, volevano che l'alluvione appartenesse al venditore (7).

Altri, come Zoanetto, pensavano che, se la vendita era fatta a misura, l' alluvione apparteneva al compratore; ma se era fatta cumulativamente, l'alluvione apparteneva al venditore. Ma questa distinzione sembra fosse presto e generalmente dimenticata.

Finalmente, una terza opinione, che era la più diffusa, e che Fachinèo chiamava *Sententia vera et communis*, decideva che l'aumento deve appartenere al compratore (8).

Ecco le ragioni rammentate da quel dottore.

La vendita con facoltà di retratto rende il compratore proprietario: egli guadagna i frutti come padrone della

(1) Tiraq., § 7, glossa 1, n. 14 a n. 7.

(2) Tiraq., § 7, glossa 1, n. 18. Molinèo, sopra Parigi, t. 1, glossa 8, n. 57 e seg.

(3) Pothier, n. 401.

(4) V. un esempio, n. 738.

(5) *Supra*, n. 760.

(6) Pothier, *Vente*, n. 402.

(7) Questa opinione si appoggiava sulla legge *Cum autem*, § 1, Dig. *De ædil. edict.*; sulla legge *Hominem*, Dig. *De usucap.*; sulla legge *Voluntate*, Dig., *Quibus modis pignus vel hyp. solv.*; e finalmente sulla l. 2, Dig. *De in diem addict.*

(8) Controv., lib. 2, c. 6.

cosa. Perchè non dovrebbe guadagnare l'alluvione? e qui Fachinèo argomenta dalla l. 7 al Dig., *De peric. et com. rei venditæ*, che dice: *Id quod post emptionem fundo accessit per alluvionem, ad emptoris commodum pertinet.*

In oltre, bisogna per quanto è possibile conservare la eguaglianza tra le parti. Ora, se il valore del fondo fosse diminuito, ne soffrirebbe il compratore, perchè il venditore si asterrebbe certamente dal ritirare la cosa. È dunque giusto che il vantaggio spetti per compensazione al compratore.

Pothier ha sostenuto quest'ultimo sistema coll' autorità del suo nome. L'accrescimento, egli dice, è avvenuto soltanto dopo la vendita. E però, il compratore, separandolo dal fondo, nulla ritiene di ciò che fu venduto. Le leggi che si oppongono non sono applicabili. Esse statuiscono soltanto nei casi pei quali il compratore è obbligato a rendere non solo la cosa, ma eziandio i frutti e tutti gli accessorj, come nel caso di rescissione o di redibizione. Ma il retratto convenzionale non ha un effetto così severo. Esso non toglie al compratore il suo godimento intermedio, e il benefizio dei frutti che ha raccolti. La resoluzione ha luogo per l'avvenire piuttosto che per il passato (1).

Ecco qual era lo stato delle cose prima del Codice civile. In seguito Delvincourt (2) propose allontanarsi dalla opinione di Pothier, perchè il venditore suole essere in condizione favorevole, ed il Codice non dice che la condizione resolutoria agisca soltanto sul passato. Duranton adotta questo partito (3); ma suppone a torto in Pothier un linguaggio che quel giudizioso scrittore non ha mai usato. Egli pretende che se Pothier riserva l'alluvione al compratore, ne è cagione la influenza dei principj del dritto Romano, i quali facevano della recupera una nuova vendita e davano al venditore un nuovo titolo. Ora Pothier non ha cessato dal combatter quelli che scorgevano nel retratto una rivendita; la sua argomentazione sulla nostra difficoltà, egualmente che quella di Fachinèo, suppone sempre una vera resoluzione. Pothier e Fachinèo (4) si servono espressamente della parola *resoluzione* cui ripeton più volte. Le loro ragioni per decidere sono derivate da considerazioni più giuste e più logiche. Duranton fa troppo onore al sistema che confondeva il retratto con una rivendita, facendolo derivare dal dritto Romano. Ho provato sopra (n. 693) ch'esso doveva la sua origine agl' interpetri, la di cui teoria su questo punto era stata radicalmente respinta dal dritto statutario.

Comunque siasi, l'opinione di Delvincourt e di Duranton mi sembra preferibile.

L'art. 1183 vuole che la condizione resolutoria che si verifica, riponga le cose nello stato primo come se l'obbligazione non avesse mai esistito. Non bisogna dunque che il compratore ritenga l'emolumento che ha aumentato il valore dell' immobile, come un semplice benefizio naturale.

Veramente egli non deve render conto dei frutti. Gli ha fatti suoi. Ma per la ragione che cotesto vantaggio trovasi compensato dagl' interessi che

(1) *Vente*, n. 403.
(2) T. 3, p. 159, note.
(3) T. 16, n. 425.
(4) Quest' ultimo dice: *Secus autem, ubi venditio est* RESOLUTA *ex pacto revenditionis.*

il venditore ha ritirati dal prezzo. D'altronde, egli ha coltivato, ha goduto in buona fede, ed i frutti sono come la giusta ricompensa del possessore *pro impensa et cultura*. È meno un guadagno che una indennizzazione.

Bisogna poi considerare che il venditore è in situazione favorevole. La vendita con recupera asconde quasi sempre un imprestito sopra un pegno immobiliare. Quando il mutuatario torna al possesso del suo immobile, non bisogna privarlo degli accrescimenti che lo hanno aumentato, di cui avrebbe approfittato se la cosa fosse rimasta nelle sue mani (1). Il compratore guadagnerebbe doppiamente; egli ritirerebbe nel tempo stesso degl' interessi spesso esorbitanti, e le casualità immobiliari ed inerenti di una cosa che non conserva più.

Finalmente, l'artic. 1673 mi sembra somministrare un ultimo argomento a favore di quel sistema. Esso ragiona nella ipotesi che la cosa abbia aumentato in valore *pendente conditione*, e non obbliga il venditore a indennizzare il compratore oltre i disborsi che hanno procurato l'aumento. Non risulta forse implicitamente da ciò che il venditore è autorizzato a ritirare, senza renderne conto al compratore, l'accrescimento che si è incorporato al suo immobile, e che ne forma un accessorio?

767. Una difficoltà presso a poco simile è stata promossa riguardo a un tesoro nascosto (2); mentre Pothier (3) decide ch' esso deve appartenere al compratore, Duranton vuole che venga attribuito al venditore (4); imperocchè, egli dice, il compratore lo possederebbe *sine causa* qualora la vendita fosse resoluta.

Se il tesoro potesse assomigliarsi ad un frutto della cosa, non vi sarebbe difficoltà di lasciarlo in mano del compratore. Ma il tesoro non è un frutto, un prodotto dell' immobile. L'usufruttuario non vi ha dritto nella sua qualità; non potrebbe pretenderne la metà, fuorchè come inventore; il tesoro è un emolumento che la legge dà al proprietario *jure soli*, salva la porzione giustamente acquistata per dritto di occupazione a quello che lo ha scoperto. Il compratore dunque non ha profittato del tesoro fuorchè come proprietario; ora, se la sua proprietà vien meno, deve pure annullarsi negli effetti che ha prodotti.

768. Se il compratore è obbligato a restituire l' accrescimento, non è meno certo ch'egli ha dritto di ritenere le aggiunte da esso fatte all' immobile, e che ne hanno aumentata l' estensione.

Ma spetta a lui di provare coteste aggiunte, dacchè sono esse un fatto suo proprio, e siccome egli è attore nella sua eccezione in distrazione, così è obbligato a giustificare la sua allegazione.

Siccome questo punto è stato controverso, particolarmente nelle recupere esercitate a favore de' beni domaniali, procurerò provarlo con l'ajuto di alcune autorità.

1° In materia di fedecommesso, quando l'erede sostituito domanda la consegna, e che il gravato pretende avere aggiunte alcune porzioni, che gli sono proprie, all' immobile sottoposto al fedecommesso, spetta a

(1) Arg. di ciò che ho detto *supra*, n. 333.

(2) Tiraquello, *tit. fin.*, n. 97, ha citate tutte le autorità; ma non ha sciolta la quistione.

(3) *Vente*, n. 405.

(4) T. 16, n. 425.

quest'ultimo provare il suo asserto.

Ascoltiamo Fusario: « Quia sæpe « evenit quod bona propria et fidei« commisso subjecta confunduntur, « ampliando, minuendoque fundos et « confinia, et mutando eorum quali« tatem, ideo, si constat aliqua bona « fuisse fideicommisso subjecta *et ob« scuritatem esse causatam facto pos« sessoris*, ipse tenebitur probare quæ « essent bona propria; alias, omnia « adjudicanda erunt fideicommissa« rio (1). »

E cita Matteo de Afflictis, il quale si appoggia a una decisione del senato di Napoli.

Pellegrino espone la stessa dottrina nel suo trattato *De fideicommissis*. « Nam, demonstrato hoc, quod te« stator in eo loco bona possiderit, « si hæres ipsius et descendentes ab « eo, cujus fidei hæreditas fuerat com« missa, non demonstrant quæ fue« rint bona ipsius fideicommittentis *et « quæ per eos acquisita, optima ratio« ne præsumenda sunt fideicommissa« ria, quia certum per incertum non « confunditur* (2). »

E cita quattordici giureconsulti la cui opinione è conforme, tra i quali trovasi il celebre Menochio (3); egli aggiunge che ha sempre consultato e fatto giudicare in questo senso.

2° In materia di enfiteusi, il concedente che vuole riprendere la cosa sua, deve provare che è quella veramente ch'egli ha data in enfiteusi. Ma, dopo ciò, se l'enfiteuta pretende avere aggiunto all'immobile qualche parte sua propria, egli lo deve provare, perchè efferma il proprio fatto.

Così decidono Giasone e Pellegrino. Ecco le parole di Giasone: « Et con« clusione veritas est, quod, quando « non apparet de re emphytheutica« ria (propter quam emphytheuta « solvit canonem) omnis res ipsius « solventis præsumitur emphytheuti« ca, nisi ipse contrarium probet (4). »

E Pellegrino: « Sicuti dicitur de « emphytheuta, quod nisi particula« riter ostenderit qualia sunt emphy« theuta omnia præsumuntur ejusdem « conditionis (5). »

3° In materia di feudo, colui che faceva il retratto doveva provare che la cosa era concessa a feudo: ma il vassallo che pretendeva avervi riuniti dei terreni proprj doveva provarlo. Così c'insegna Francesco Herculanus nel suo trattato *De negativa probanda* (6). « A quibus non sunt aliena ea « quæ diximus supra, quod licet alias « quælibet res præsumatur libera, *ta« men, si res reperiatur inter bona « feudalia*, dicens rem non feudalem, « id probare debet, ut per Baldum in « lege *Insula*, D., *De judiciis*, et So« cinum in lege 1, *D.*, *De acq. possess.* »

Giasone opina egualmente *(loc. cit.)*. « Simile dicitur de feudis, ubi « ponit Baldus: quum dubitetur quan« tum sit feudum, an dominus tenea« tur ostendere quantitatem feudi an « vassallus, solve quod totum præsu« mitur esse feudum, nisi vassallus « ostenderit fines feudi. »

E simile è pure il parere di Pellegrino *(loc. cit.)* e di Alciato nel suo trattatello delle presunzioni (7).

Queste proposizioni sono giustissime. Esse riposano su questo, che

(1) Quæst. 618, p. 901, n. 49, *De fidei subst.*
(2) Art. 54, n. 22, p. 627.
(3) *De præsumpt.*, t. 6, præsumpt. 70, n. 33.
(4) Ad leg. 2, C. *De jure emphyth.*, n. 173.
(5) *De fideic.*, art. 54, n. 23, p. 627.
(6) Trovasi nell'opera intitolata: *Tractatus tractatuum*, t. 5. Il passo che cito è alla p. 15, n. 19.
(7) Præsumpt. 321 *(Tractatus tractatuum)*.

chi allega il proprio fatto lo deve provare; che il possesso attuale suppone il possesso antico, sino a prova contraria: *ex præsenti, præsumitur in præteritum* (1); che l'accessorio segue la natura del principale, se non si prova che è di natura diversa. « De accessorio idem jus censetur quod de « principali, nisi probetur in accesso« rio non esse eamdem rationem. »

Ora se la cosa sta così in materia di fedecommesso, di enfiteusi e di feudo, non havvi ragione per decidere diversamente quando trattasi di retratto convenzionale. I principj sono i medesimi.

La corte di Nancy peraltro ha profferita una sentenza che sembra rigettarli, in una causa in cui il demanio esercitava il retratto della terra di Loupy-le-Petit contro alcuni detentori. Era provato che cotesta terra proveniva dal demanio. Ma la corte concepì qualche scrupolo intorno alla quistione, se la terra fosse rimasta nello stato medesimo come all'epoca dell' impegno primitivo; essa temè che il retratto potesse colpire porzioni patrimoniali state aggiunte in seguito a quella terra; conseguentemente, con decisione inedita del 1° Giugno 1832, ordinò che il demanio provasse che tutte le parti della terra di Loupy avevano la stessa provenienza della terra medesima. È chiaro lo scopo di questa decisione e tutti i pericoli che suscita a qualunque siasi domanda di retratto, di rivendicazione, di ritorno in possesso. Io provo che il podere o la terra che voi possedete mi appartiene, ma, col pretesto che potete avervi fatte delle aggiunte ignote, non determinate, mi trovo costretto di giustificare che tutte le frazioni del podere o della terra mi appartengono, la qual cosa è quasi sempre impossibile; imperocchè io non ho titoli determinanti tutte le parti di quei fondi che io o i miei autori abbiamo posseduti in massa, come costituenti il corpo del podere o della terra. Così, dopo avere stabilito che la totalità nota sotto un tal nome di podere o terra, è veramente mia, dopo avere giustificata la mia domanda per questa totalità, verrò escluso perchè non potrò esibire la derivazione di ciascuna delle sue parti. Avrò ragione in massa, e torto nei particolari!! Stando a ciò, non vi sarebbe domanda che potesse conseguire il suo scopo in giudizio (2).

Comunque siasi, il demanio essendo stato così fortunato di soddisfare alla interlocutoria posta a suo carico, la quistione non si presentò altrimenti all'epoca della sentenza definitiva. Forse sarebbe stata sciolta diversamente; imperocchè la decisione 1° Giugno 1832 non era stata preceduta da discussione alla udienza; il demanio non era stato citato perchè si spiegasse sull'incidente, e per dimostrare che la prova ordinata di ufficio doveva essere a carico dei detentori.

Del resto, la difficoltà essendo stata promossa in un dibattimento contraddittorio innanzi alla corte di Metz,

(1) Glossa sulla l. 11, Dig. *De probat.*

(2) Farò inoltre osservare, che in quanto concerne i beni demaniali, la quistione è molto meno dubbia, dacchè la legislazione speciale intorno ai possessi dello stato in Lorena la risolve contro i detentori. L'Ordinanza del duca Leopoldo, del 26 Dicembre 1714, è formale. Essa esige che i possessori facciano conoscere i beni proprj che hanno aggiunti ai beni demaniali. Si dirà che questa è un privilegio? No! è l'espressione del dritto comune, secondo ciò che ho detto sopra.

vi è stata risoluta nel senso della nostra opinione con sentenza del 16 Gennajo 1826, che, fino a questo giorno, è rimasta inedita. È la sola autorità moderna che io conosca sopra una simile quistione. Credo che le citazioni che ho date sopra termineranno di provare che essa è irrefragabile.

769. Per conchiudere intorno alle obbligazioni del compratore, ci resta a trattare dei frutti pendenti all'epoca del contratto di vendita ed a quella del retratto.

Riguardo ai primi, Pothier pensa che il compratore debba indennizzarne il venditore. Questi frutti, egli dice, hanno aumentato il prezzo della vendita. Non vi ha dubbio che quando si vende una vigna la vigilia della vendemmia, il prezzo di quel raccolto vien considerato nella stipulazione. Quindi è, che il compratore che ha fatta la vendemmia deve sopportare una deduzione sul prezzo fino a debita concorrenza; altrimenti, egli avrebbe insieme la cosa e il prezzo, e ciò sarebbe ingiusto (1).

Questa opinione non è mai stata seguita in pratica prima e dopo Pothier; almeno non conosco alcun fatto che ne provi l'applicazione. Al contrario, basta leggere il trattato di Tiraquello, per vedere che quel giureconsulto suppone sempre che i frutti pendenti all'epoca della vendita non devono rendersi dal compratore; e certamente, se fosse esistita qualche contraddizione su questo punto, Tiraquello che non trascura citare tutte le opinioni proposte in un senso e nell'altro sopra ogni sua proposizione, ne avrebbe fatta menzione (2).

Stabiliamo la quistione seguente; essa ci servirà di tema per lo schiarimento della nostra difficoltà (3).

All'epoca della vendita con recupera, vi sono dei frutti pendenti e quasi maturi. Poco dopo il contratto, il compratore li raccoglie in virtù del dritto che gli è attribuito come proprietario (4). In seguito, trascorso un anno (5), il venditore esercita il retratto. In questo stato di cose, può egli esigere che il compratore gli renda conto di quei frutti, sotto pretesto che furono considerati nella determinazione del prezzo?

No, senza dubbio, dice Tiraquello, di cui la opinione mi sembra doversi preferire a quella di Pothier. Infatti, se il compratore ha profittato dei frutti della cosa, il venditore ha profittato degl'interessi o dell'utilità del prezzo, ed è noto stabilirsi il compenso su cotesti godimenti scambievoli. Supponiamo un momento che il compratore sia obbligato a rendere non solo la cosa, ma ancora tutti i frutti raccolti; sennonchè, da un altro lato, essendo il venditore sottoposto a restituire la somma capitale, egli dovrà render conto degl' interessi che ha prodotti o doveva produrre, e vi sarà un'annata d' interessi corrispondente all'annata de' frutti di cui il compratore ha profittato e che restituisce. Or bene, in luogo di queste restituzioni si opera una compensazione, e ciascuno ritiene ciò che ha riscosso o poteva riscuotere. È chiaro che l' acquirente indennizza bastantemente il venditore de' frutti pendenti, lascian-

(1) *Vente*, n. 408.
(2) V. § 5, glossa 4, n. 13, 14, 15, 16.
(3) Tiraquello, *loc. cit.*, n. 12.
(4) Art. 1614 del Codice civile, e l. 2, C. *De pact. inter empt.*
(5) Tiraquello dice *sei mesi*. Io pongo un anno, per render l' esempio più chiaro.

dogli gl'interessi del prezzo per l'anno. Il compratore pagherebbe due volte, ed il venditore si avvantaggerebbe a sue spese, se, ritenendo gl'interessi dell'anno, esigesse inoltre una diminuzione sul prezzo, per compenso dei frutti pendenti raccolti. Io non vedo come si possa rispondere a questa ragione, che è quella eziandio che dà Tiraquello: « Quod autem postea « dictum est, emptorem recuperare « integrum pretium, et nihilominus « habere integros illos fructus, *ratione « quorum pretium ipsum auctum fue« rat*, eodem modo dilui potest. Nam « si id veniret considerandum, se« queretur quod emptor deberet resti« tuere partem illorum fructuum (1). « Sed et illud quoque dici potest, *quod « quemadmodum emptor percepit illos « fructus, ita et venditor percepit aut « percipere* potuit utilitatem ex pre« tio quod illi datum est interim dum « illud non reddit (2); *quæ utilitas « minime contemnenda est* (3). »

Finalmente, mi sembra che Pothier dia troppa estensione agli effetti della presunzione, che vuole abbiano i frutti aumentato il prezzo della vendita.

Questa presunzione, che ho rammentata sopra (n. 319) secondo Cujacio, è senza dubbio incontrastabile: *et ob eos etiam pluris veniisse.* Ma in qual modo paga il compratore questi frutti? Forse mediante una somma capitale, secondo che lo suppone Pothier? No certo. Egli li paga con gl'interessi del prezzo, che forman parte di quel prezzo. Per regola generale e ordinaria, gl'interessi sono la giusta indennizzazione dei frutti, e mi sembra eccessiva la supposizione che le parti abbiano inteso dovesse il compratore sborsare una somma capitale per essere ammesso a godere di quelli che sono pendenti. Se è intervenuta una simile convenzione, spetta al venditore il provarla: il dubbio vuolsi interpetrare contro di lui.

L'opinione che io seguo è anche quella di Duranton (4). Ma le ragioni con cui egli combatte Pothier mi sembrano meno decisive di quelle che ho tolte da Tiraquello (5).

Si dovrebbe ammettere la stessa decisione nel caso di più annate di godimento. I principj vi conducono direttamente; e stando a ciò che diremo al n. 771 sui frutti pendenti all'epoca del retratto, ognuno potrà convincersi che la nostra opinione ha il merito di essere conforme alla equità, perfettamente logica nelle sue conseguenze, e conciliatrice di tutti gl'interessi.

Quid, se la recupera viene esercitata al termine di sei mesi? Per giungere a un diverso risultamento, si potrà dire che il compratore ha raccolti i frutti pendenti che rappresentano il prodotto della terra per un anno; che al contrario, il venditore ha riscosso sei mesi soltanto d'interessi; che perciò viene a cessare l'equilibrio.

Credo cionnonpertanto che si debba decidere con Tiraquello (6) che ciascuna parte riterrà ciò che ha riscosso. Infatti, si opera tra i frutti e gl'interessi una compensazione cui conduce necessariamente la posizione respettiva delle parti. Imperocchè se vogliamo obbligare il compratore a ren-

(1) E Tiraquello non suppone che ciò sia ammissibile. Del resto ei ne dà poco dopo la ragione.

(2) Egli cita la l. 23, Dig. *De pignor. act.*

(3) § 5, glossa 4, n. 12, 13, 14, 15, 16.

(4) T. 16, n. 424.

(5) V. *infra*, n. 816.

(6) *Loc. cit.*

der conto dei frutti pendenti, non sarà ragionevole di costringere il venditore a restituire gl'interessi? Ma con qual fondamento potremmo noi esigere dal medesimo cotesti interessi? Egli è stato proprietario *pendente conditione*, ha potuto ritirare i vantaggi naturali della cosa senza doverne render conto a chicchessia. Ora chi potrà dire che mentre egli approfitta di cotesti interessi, che non gli si possono togliere, possa esigere dal compratore la restituzione dei soli frutti che ha raccolti? Sarebbe questa una cosa giusta? ove sarebbe la reciprocità? Per essere coerenti nel raziocinio, dobbiamo riconoscere, che, dove non esistono clausole particolari, il compratore non deve restituzione di frutti, quando il venditore non deve dal canto suo restituzione d'interessi; che le parti hanno inteso compensare i frutti pendenti con l'utilità del prezzo, e che una precisione matematica non è compatibile con la legge che i contraenti si sono imposta per approssimazione. Toccava al venditore spiegare nel contratto come egli intendesse derogare alla regola generale che fa compensazione dei frutti e degl'interessi (1).

770. Parliamo dei frutti pendenti all'epoca della recupera. In Francia lo statuto non era uniforme intorno a questo punto di giurisprudenza.

Lo statuto di Poitou, comentato da Tiraquello, voleva che i frutti si dividessero tra il venditore e il compratore proporzionalamente al tempo dell'anno. Pensavano esser giusto che avendo il venditore goduto del prezzo durante una porzione dell'anno, il compratore ritenesse per compenso una porzione dei frutti, proporzionatamente a quel tempo. Per esempio, la vendita è stata fatta il 1° Novembre, e la recupera viene esercitata il 1° Luglio. Siccome il venditore ha goduto del prezzo durante i due terzi dell'anno, così il compratore deve ritenere i due terzi dei frutti pendenti (2).

Questa opinione era adottata da Giasone, da Soccino il vecchio, da Facbinèo e da molti altri, che, sempre bramosi di trovare un punto di appoggio nelle leggi Romane, citavano come autorità le leggi 5, 6 e 7, D., *Solut. matrim.* (3), secondo le quali, nel caso di scioglimento di matrimonio, i frutti della dote si dividevano tra il marito e i suoi eredi, proporzionatamente al tempo che il marito aveva sopportato i pesi del matrimonio. La seguiva egualmente il giudizioso Coquille (Quæst. 304), e una decisione del parlamento di Digione del 28 Marzo 1584 (4); è oltracciò osservabile che un editto del re del mese di Gennajo 1563 (5), relativo al retratto dei beni ecclesiastici alienati, stabiliva che i frutti dell'anno del retratto si dividerebbero in proporzione del tempo fra i detentori e la chiesa.

Altri statuti avevano adottato un sistema diverso. Essi davano al venditore la totalità dei frutti pendenti, coll'onere di rimborsaro le spese di lavorazione e di sementa (6). Pothier voleva si seguisse questa giurisprudenza (7) sotto l'impero degli statuti

(1) *Supra*, n. 319.

(2) Questo esempio è proposto da Fachinèo, da cui lo ha copiato Pothier (Controv., lib. 2, cap. 14).

(3) L'art. 1571 del Codice civile è la riproduzione di queste leggi.

(4) Bouvot, t. 1, 9, 3, e t. 2, 9, 5. Despeisses, t. 1, p. 43, col. 1, *octavo*.

(5) Art. 7. Coquille se ne prevale.

(6) Auvergne, Marche, Lodunois (vedi Pothier, *Vente*, n. 409).

(7) Questa opinione mi sembra rigorosa dal lato di Pothier, che voleva si rendesse conto al venditore dei frutti pendenti all'epoca della vendita (*supra*, n. 769).

di Parigi e di Orléans, che, quantunque tacessero intorno al retratto convenzionale, avevano esclusa la divisione pel retratto gentilizio. Essa era difesa da Alessandro (1) e da varie decisioni, tra le quali ne citerò due del parlamento di Parigi, l'una del mese di Maggio 1502 (2), l'altra profferita in forma solenne il 31 Maggio 1466 (3), e una decisione del parlamento di Tolosa, data, secondo Maynard, in Settembre 1584 (4).

Il Codice civile è rimasto neutro sulla quistione. In qual senso la interpetrazione dovrà scioglierla oggi.

L'opinione della divisione *prorata* mi sembra preferibile. Essa è più conforme alla equità, risponde meglio al carattere commutativo che deve sempre restare impresso in tutte le prestazioni che intervengono tra il venditore e il compratore.

Si opporrà forse che i frutti pendenti formano parte della cosa, e che il venditore deve riprendere la cosa tale quale è? Rispondo che il venditore avendo goduto dell'interesse del prezzo, deve rinunziare a una porzione corrispondente dei frutti, altrimenti non vi sarebbe equilibrio. Egli avrebbe, secondo l'antico proverbio, *danaro e panno*.

Obietteranno forse che in materia di usufrutto, i frutti pendenti dalle radici all'epoca in cui l'usufrutto ha fine, appartengono in totalità al proprietario (5); che così decidevasi anticamente nel caso di restituzione del fedecommesso (6), etc. Ma rispondo non esistere parità tra que' casi ed il nostro; imperocchè qui vuolsi produrre un risultamento di eguaglianza, e compensare l'una con l'altra le prestazioni che le due parti si debbono; in quelli, al contrario, nulla di ciò è da farsi. Le parti sono estranee l'una all'altra. Esse non hanno contrattato tra loro (7).

La legge 2, al Cod., *De pactis inter venditor.*, che viene ordinariamente invocata contro la nostra decisione, sembra al tutto inopportuna. « Habita ratione eorum quæ post oblatam ex pacto quantitatem, ad hæredem emptoris pervenerunt. » Ecco i termini da cui argomentano. Ma a che cosa si riferiscono? l'imperatore dice che bisognerà tener conto dei frutti che il compratore ha raccolti ingiustamente dopo la sua mora, vale a dire dopo che il venditore gli ha fatte le sue offerte. Ma noi non ci opponiamo a ciò. Noi poniamo in iscena un compratore che non resiste alle sue obbligazioni, e che al punto di consegnare l'immobile al venditore, gli dice: « Vi sono dei frutti pendenti, dividiamoli? » Ora la legge suddetta non si occupa di questo caso; essa non condanna cotesta divisione (8).

Mancano dunque al sistema opposto tutte le analogie dalle quali argomenta. Al contrario, l'art. 1671 del Codice civile si occupa di un caso quasi identico, ed ammette la divisione (9).

771. Cionnondimeno la divisione

(1) Sulle legge *Qui Romæ*, Dig. *De verbor. oblig.* Fachinèo aveva preso l'assunto di confutarle (*loc. cit.*). V. su tuttociò Tirequello, § 5, glossa 4, n. 1 e seg.

(2) Cerond., Répons, l. 5, c. 33, e l. 12, c. 54.

(3) Chopin, *De privileg. rusticor.*, lib. 3, c. 5, n. 1. Bacquet, *Droits de justice*, c. 15, n. 55. Ma osservate bene che queste due decisioni sono anteriori al 1° editto del 1563, citato da Coquille.

(4) Maynard, lib. 2, n. 31. Despeisses, l. 1, p. 43, col. 1, *octavo*.

(5) Art. 585 del Codice civile.

(6) L. *Herennius*, Dig. *De usuris*.

(7) Fachin., Cont., lib. 2, c. 14.

(8) Idem.

(9) V. Tiraq., § 5, glossa 4, n. 9.

non dovrebbe aver luogo, se l'acquirente avesse fatto tante raccolte quanti sono stati gli anni durante i quali egli è rimasto proprietario dell'immobile.

Diamone un esempio.

All'epoca della vendita (nel Giugno 1831), vi sono dei frutti maturi o pendenti, ed il compratore li raccoglie, in virtù dei principj incontrastabili di cui l'art. 1614 è la riproduzione. Nel mese di Febbrajo dell'anno 1832, il venditore esercita il retratto. Si domanda se il compratore potrà esigere una parte nei frutti di quell'anno?

Per la negativa, si dice: il compratore è stato padrone della cosa soltanto due anni e sette mesi. Frattanto egli ha goduto la raccolta del 1831, quella del 1832, quella del 1833, tre raccolte in tutto. Malgrado ciò egli pretende ancora una divisione su quella del 1834! Non è cotesta pretensiene una vera ingiustizia?

Per l'affermativa, Tiraquello risponde che se il compratore ha goduto tre raccolte, il venditore ha ritirato o potuto ritirare gl'interessi per tutto il tempo che ha ritenuto il danaro; e quindi havvi compensazione (1).

Ma questo calcolo può forse dirsi esatto? Io non lo credo.

Ammettiamo che la raccolta del 1831 sia stata pagata cogl' interessi del 1831, quella del 1832 cogl'interessi del 1832, quella del 1833 con quelli del 1833; non è meno vero che onde possa riscuotersi dal venditore la totalità degl'interessi del 1833, bisogna andare fino a Giugno 1834, poichè il punto di partenza è stato il Giugno 1831. Il compratore anticipa dunque sul venditore per le annualità; e se reclamasse una parte sui frutti del 1834, si avvantaggerebbe a spese del venditore, che nulla riceve in compenso sugl'interessi di quell'anno (2).

772. Supponiamo al contrario che non esistessero frutti pendenti all'epoca della vendita.

Io vi vendo un campo nel Settembre 1831 con facoltà di retratto, ed esercito il retratto nel Giugno 1833.

Il compratore, durante questo spazio di tempo, avrà fatto una sola raccolta, quella del 1832; mentre che il venditore avrà ritirato o potuto ritirare dalla somma che gli è stata pagata una annualità, e inoltre gl'interessi di tre mesi del 1832 e di sei mesi del 1833. Sarà dunque il meno che possa fare il compratore se entra nella divisione dei frutti del 1833 proporzionatamente al tempo durante il quale il venditore ha goduto degl'interessi in quest'anno.

Del resto, onde evitare tutte le difficoltà relative alla divisione o alla compensazione dei frutti con gl'interessi, consiglio alle parti di spiegarsi positivamente su ciò nel contratto di vendita.

773. Quando il venditore prende, totalmente o in parte, i frutti pendenti all'epoca del retratto, egli deve tener conto delle sementi e delle lavorazioni (3).

Egli non potrebbe obbligare il compratore che, entrando in possesso, all'epoca della vendita, avesse trovato dei frutti pendenti, a subire per reciprocità una deduzione pei lavori e disborsi che avessero preparato quella raccolta. Imperocchè il compratore ha acquistato l'immobile nello stato

(1) § 5, glossa 4, n. 12 e seg.

(2) Anche Duranton sta per questa opinione, t. 16, n. 424.

(3) Tiraq., § 5, glossa 4, n. 17. Pothier, *Vente*, n. 409 e 410.

in cui era, e senza che abbiasi avuto riguardo a tutte le spese anteriori (1).

774. Dopo avere spiegato in forza di quali principj ed in quali proporzioni il venditore ha dritto ai frutti pendenti all'epoca della recupera, ci resta da esaminare se, per assicurare il suo dritto su questi, egli debba depositare il prezzo, o se basta che abbia fatte delle offerte al compratore.

Molti statuti che avevano trattato del dritto di recupera, non accordavano i frutti pendenti al venditore, se non dopo il deposito (2).

Ma Pothier opinava che sotto l'impero degli statuti che non ne parlano, si dovesse render conto al venditore di tutti i frutti raccolti dopo le offerte, quantunque non si fosse effettuato il deposito dopo le medesime. Il compratore, dice Pothier, non deve approfittare della sua mora e delle contestazioni ingiuste che ha suscitate sulla domanda di recupera; egli non può lagnarsi di essere stato privato durante la lite del fondo e del prezzo, poichè è dipeso solo da lui di ricevere il prezzo che gli era offerto e non far lite. « *Damnum quod quis culpa* « *sua sentit*, *non videtur sentire* (3). »

Questa opinione mi sembra più equa dell'altra di Tiraquello (4) e degli autori che esigono il deposito (5). Quando il venditore ha fatto delle offerte che sono state ricusate, è molto verisimile ch'egli avesse il danaro in mano, e che in questo stato il capitale non sia stato produttivo d'interessi. La ingiusta opposizione del compratore non deve dunque privarlo dei frutti per tutto il tempo che il danaro è rimasto ozioso per di lui colpa. Cionondimeno la quistione fu giudicata nel senso della necessità del deposito, con decisione di rifiuto della corte di cassazione 14 Maggio 1807 (6). È vero che in questo caso la convenzione delle parti esigeva il deposito. Però questa decisione può essere stata determinata da simile circostanza, e non si può considerare la quistione come definitivamente sciolta.

775. Ora siamo giunti agli effetti del retratto quanto al possesso della cosa.

Secondo il § ultimo del nostro articolo, essa ritorna in mano del venditore esente da tutti gli oneri ed ipoteche di cui il compratore l'avesse gravata durante la sua detenzione. È l'applicazione della regola *resoluto jure dantis*, *resolvitur jus accipientis* (7). Poichè il retratto si opera *ex causa necessaria*, tuttociò che alterava la importanza ed il valore primitivo della cosa pel fatto del compratore, vuolsi considerare come non avvenuto. È chiaro, infatti, che se gli oneri imposti *pendente conditione* non si annullassero, avrebbe il compratore con ciò un mezzo di privare il venditore dell'esercizio del retratto: « Quia o- « tiam emptor posset fraudare vendi- « torem, rem emptam tot servituti- « bus, debitis et obligationibus one- « rando, ut multo satius esset ven- « ditori eam apud emptorem relinque- « re, quam recuperasse tot tantisque « oneribus subditam (8). »

(1) Tiraquello e Pothier, *loc. cit.*

(2) Pothier, *Vente*, n. 411.

(3) *Loc. cit.* La l. 2, C. *De pact. inter empt.*, non esige che l'offerta del prezzo. Brun., sulla stessa l., n. 13.

(4) § 4, glossa 6, n. 4.

(5) Delvincourt, t. 3, p. 161.

(6) Dalloz, *Vente*, p. 908, nota 1.

(7) V. il mio com. sulle Ipot., n. 465, 466 e seg. Tiraq. rammenta le opinioni in favore e contrarie; imperocchè questo punto fu già soggetto di controversia (§ 3, glos. 1, n. 10 e seg.).

(8) Tiraq., *Loc. cit.*, n. 12.

776. Se durante il suo godimento il compratore ha affittata la cosa, il venditore sarà contuttociò obbligato a rispettare l'affitto fatto in buona fede. Così dispone il nostro articolo.

Questo punto era combattuto sotto l'antica giurisprudenza (1).

Il Codice ha preferito l'opinione più favorevole all'agricoltura, al comodo pubblico, ed al commercio delle cose. Pendente la recupera il compratore ha dritto di godere; è una condizione del suo acquisto. Bisogna dunque che possa locarla per ritirarne i frutti; ma come potrebbe trovare dei concorrenti, se non gli fosse permesso conchiudere con essi degli affitti capaci della consueta durata, e se gli affittuarj o locatarj fossero esposti a vedersi cacciati dal capriccio del proprietario che riassume il godimento della cosa sua?

D'altronde la disposizione dell'art. 1673 non reca danno al venditore. Egli succede al compratore nel dritto di riscuotere gli affitti e le pigioni.

777. Ma bisogna che gli affitti che si oppongono al venditore siano di buona fede; imperocchè se fossero stati fatti con frode, non se ne terrebbe conto (2).

In generale la frode apparisce, 1° dalla bassezza del prezzo (3); 2° da una durata che ecceda la consueta (4); 3° da un affitto stabilito molto prima della scadenza dell'affitto corrente (5).

Si può consultare quel che ho detto riguardo a ciò nel mio comento sulle Ipoteche, n. 778 *bis* e *ter*.

778. Ritornando in mano del venditore, la cosa vi ritrova la qualità che aveva all'epoca della vendita. Perchè non è un nuovo acquisto, ma piuttosto lo scioglimento del contratto primitivo. Quindi, se era propria quando fu alienata, non assumerà la natura di acquisto (6).

779. Il venditore potrà inoltre contare la durata del possesso del suo acquirente per unirla al suo e prevalersene per la prescrizione (7). Perchè, mediante la resoluzione del contratto, la catena dei tempi verrà riannodata, e il venditore avrà goduto per mezzo del suo successore a titolo particolare.

(1) Tiraq., *loc. cit.*, n. 14 a seg.

(2) Idem, n. 17, a art. 1673.

(3) Tiraq., *De retract. gentil.*, § 1, glos. 7, a 75 L. 2, Dig. *De calumniat.*

(4) Arg. degli art. 595 e 1429 del Cod. civ.

(5) Arg. degli art. 596 e 1430 del Cod. civ.

(6) Tiraq., *ad tit. fin.*, n. 164.

(7) Idem, n. 114.

SEZIONE II.

Della rescissione della vendita per causa di lesione.

ARTICOLO 1674.

Se il venditore è stato leso oltre i sette duodecimi nel prezzo di un immobile, ha il dritto di chiedere la rescissione della vendita, quand'anche nel contratto avesse rinunciato espressamente alla facoltà di domandare una tale rescissione, ed avesse dichiarato di donare il di più del valore.

SOMMARIO.

780. Della rescissione della vendita per lesione. Sua origine. Dritto anteriore a Diocleziano. In qual senso disse Ulpiano che il venditore e il compratore possono circonvenirsi?
781. Costituzione di Diocleziano, che stabilisce l'azione per lesione di oltre la metà.
782. Essa non fu inserita nel Codice Teodosiano, e non era osservata nelle Gallie.
783. Giustiniano la ristabilì. Il dritto canonico la consacrò.
784. Critica che ne fa Cristiano Tomasio, giureconsulto tedesco.
785. Confutazione di quel dottore fatta da Portalis. Giustiniano ha il merito di avere convertito il dritto al cristianesimo. Questo merito non fu riconosciuto dai giureconsulti ammiratori delle Pandette.
786. Come in Francia si trattasse l'azione per lesione prima del Codice civile.
787. Discussione memoranda nel consiglio di stato. Berlier, Regnaud, Réal, Defermon non vogliono ammettere l'azione per lesione.
788. Ma il loro sistema è respinto dal primo console, da Portalis, Cambacérès, etc. Considerazioni di somma valore presentate dal primo console. La rescissione è adottata.
789. Essa non ha luogo fuorchè per la vendita d'immobili. Ragione di ciò. *Quid*, nella vendita di una carica?
790. Essa non ha luogo nelle vendite aleatorie, per esempio, nella vendita di una eredità. *Quid*, se questa vendita venisse fatta ad un coerede?
791. Non si può annullare per lesione una vendita a rendita vitalizia. Limitazione.
792. *Quid*, della vendita della nuda proprietà dell'immobile?
793. *Quid*, della vendita dei dritti immobiliari, di una servitù, di una enfiteusi? *Quid*, della vendita di un usufrutto?
794. Di quanto deve essere la lesione? Antico e nuovo dritto.
795. Qual'è la somma che costituisce il giusto prezzo, e cosa vuolsi comprendere in esso?
796. *Quid*, se è stato espresso nell'atto un prezzo superiore al prezzo reale?
797. Il venditore non può rinunziare nel contratto alla facoltà di domandare la rescissione. Arti adoprate per eludere cotesta regola.
798. *Quid*, se la rinunzia è fatta *ex intervallo?* Disparere col presidente Fabro.
799. In favore di chi è aperta l'azione di rescissione?
800. Se compete ai minori.
801. Contro chi essa si eserciti. Se ha luogo contro i terzi detentori. L'azione per lesione è *in rem scripta.*
802. Come si ottenesse la rescissione nell'antica giurisprudenza. Distinzione tra il *rescindente* ed il *rescissorio.*
803. *Quid*, dopo la legge 7 Settembre 1790?
804. Se il rescissorio possa intentarsi *omisso medio* contro un terzo detentore.
805. Del tribunale competente a conoscere della lesione.
806. Continuazione. Obbiezioni.
807. Risposta e prova che l'azione è mista.
808. L'azione di rescissione è immobiliare. Errore della corte di cassazione.
809. Rinvio per molte difficoltà.

COMENTO.

780. La rescissione della vendita per causa di lesione deriva dalla legge 2 nel Codice *De rescindenda venditione*, che è una costituzione degli imperatori Diocleziano e Massimiano, così concepita:

« Rem majoris pretii, si tu vel pa-
« ter tuus minoris distraxerit; *huma-*
« *num* est ut vel pretium te restitu-
« ente emptoribus, fundum venum-
« datum recipias, auctoritate judicis
« intercedente; vel si emptor elegerit,
« quod deest justo pretio recipias. Mi-
« nus autem pretium esse videtur, si
« nec dimidia pars veri pretii soluta
« sit. » Prima di questa costituzione imperiale, non si trova nel dritto veruna traccia della rescissione per causa di lesione. Ulpiano dice di più, dietro Pomponio, che è permesso al compratore e al venditore circonvenirsi reciprocamente per la determinazione del prezzo. « *Pomponius ait: in pretio* « *emptionis et venditionis*, NATURALI- « TER *licere contrahentibus se circum-* « *venire* (1). » Ma qual'è il senso di

(1) L. 16, § 4, Dig. *De minorib.*

questo passo? Ulpiano ha forse voluto dire che, ai suoi tempi, il dolo era permesso nel contratto di vendita, per la determinazione del prezzo? Io non lo credo. Aquilio Gallo aveva già pubblicato le sue formule sul dolo (1). E Cicerone nel suo libro *dei Doveri*, che sempre io cito con ammirazione, aveva innalzato la morale pagana a tal punto, che il solo Vangelo poteva oltrepassare. Da lungo tempo egli aveva dette queste parole, certamente conosciute da Ulpiano: *Ita nec ut e-« mat melius, nec ut vendat quidquam « simulabit vir bonus* (2). » Conseguentemente, aveva egli condannate le arti del compratore che apposta uomini incaricati di offrire un prezzo minore del suo (3). Le leggi della morale erano dunque bastantemente seguite nella società, perchè il dolo fosse bandito dal più necessario e dal più comune tra i contratti. Mi sembra quindi che Ulpiano abbia soltanto inteso parlare di quelle contestazioni suggerite dal sentimento di un interesse bene inteso, e nelle quali il venditore si sforza ricavare più che può dalla cosa sua, e il compratore pagarla meno che può. « Hæc tamen cir-« cumscriptio, dice Gottofredo (4), « cujus fit hic mentio, non est do-« lus, sed prudentia et industria quæ-« dam tantum rei familiaris augen-« dæ. » La parola *naturaliter* adoprata da Ulpiano, dimostra la convenienza di questa interpetrazione: non è possibile che quel giureconsulto abbia professata la massima falsa e scandalosa che il dolo sia di dritto naturale; infatti sono sue queste auree parole: « Cujus merito quis nos sacerdotes « appellet; justitiam namque colimus, « et boni et æqui notitiam profitemur, « æquum ab iniquo separantes, lici-« tum ab illicito discernentes.... ve-« ram (nisi fallor) philosophiam, « non simulatam affectantes (5). » Egli è specialmente che c'insegna che se il compratore adopra macchinazioni fraudolenti per ingannare il venditore sulla cognizione del valore della cosa, onde comprare ad un prezzo inferiore, l'azione *ex vendito* può esercitarsi contro di lui (6).

È dunque certo che la determinazione del prezzo doveva essere pura da ogni frode, anche prima di Diocleziano. Ma se, senza alcuna specie di dolo, il venditore si era deciso spontaneamente a vendere a vil prezzo, nulla prova che i giureconsulti anteriori al regno di quel principe avessero l'idea di vedere in questa sola circostanza una causa di rescissione della vendita. Essi pensavano che il venditore aveva potuto sapere il prezzo della cosa (7), e doveva accagionare sè medesimo di non averla sostenuta di più, e che la sua ignoranza o la sua negligenza non erano una ragione per annullare un contratto concluso tra persone in età maggiore, e che riuniva le tre condizioni fondamentali, il consenso, la cosa, ed un prezzo vero quantunque basso (8). Questo rispetto per una convenzione di buona fede si uniformava d'altronde al si-

(1) *Supra*, n. 564, 545, 546.

(2) *De officus*, lib. 3, c. 15.

(3) *Loc. cit.*

(4) Sulla legge citata.

(5) L. 1, § 1. Dig. *De origine juris*. Paolo d'altronde ci dà del *dritto naturale* una definizione la quale prova che i Romani lo consideravano come *id quod semper æquum ac bonum est* (L. 11, d. tit.).

(6) L. 9, Dig. *De dolo malo*.

(7) V. la l. 15, C. *De rescind. vendit.*

(8) V. *supra*, ciò che è da intendersi per prezzo vero, n. 149 e 150, l. 54, Dig. *De cont. empt.*

stema della giurisprudenza Romana, che com'è noto ammetteva difficilmente le clausole resolutorie sottointese (1), e tuttociò che tendeva ad alterare quel principio della legge delle dodici tavole: *Uti lingua nuncupassit, ita jus esto.*

781. Ma gl'imperatori credettero potere fare di più dei giureconsulti e del pretore, e Diocleziano e Massimiano introdussero l'azione di rescissione per lesione di oltre la metà. Il loro motivo è la equità, la quale esige che in un contratto commutativo vi sia eguaglianza tra le parti. *Humanum est*, essi dicono. È la sola ed ultima loro parola; ma questa parola ha un altissimo significato. Essa è un omaggio luminoso reso al sentimento della umana equità, che diveniva vieppiù vivo nella società, e tendeva progressivamente a spogliare il dritto civile delle sue forme austere per uniformarlo al dritto naturale.

782. Resulta cionnondimeno dalle leggi inserite nel codice Teodosiano, che questa costituzione degl'imperatori Diocleziano e Massimiano non ebbe una durata costante, e la legge 1 del tit. *De cont. empt.*, dello stesso Codice, rigetta formalmente la rescissione della vendita per lesione (2). E però non aveva vigore nelle Gallie e nell'impero di Occidente retti dal codice Teodosiano. Ciò resulta dalle costituzioni di Carlo Magno (3), dagli scritti di Ivone (4), che divenne vescovo di Chartres nel 1090, e morì nel 1115 (5).

783. Ma essa fu ristabilita da Giustiniano (6), che proseguì l'amalgama del dritto civile e naturale con una perseveranza degna di grandissimi elogi, ma di cui gli ammiratori del dritto delle Pandette non hanno fatto bastantemente caso. Questo ristabilimento fu un vero progresso, e perciò appunto una rottura manifesta coi rigori dell'antico dritto civile. Esso consuonava talmente colle idee di buona fede che il clero s'ingegnava introdurre nella barbara società del medioevo, che non poteva non essere prima o dopo accolto con favore dalle costituzioni dei papi. Quindi è che Alessandro e Innocenzo proclamarono alla fine dell'undecimo secolo e sul principio del duodecimo (7), la rescissione della vendita per lesione di oltre la metà, e questa regola s'introdusse, senza contrasto, dal dritto canonico nel dritto civile, che andava a quei tempi strettamente unito col primo. Essa formò il dritto comune della Francia (8) e di tutti gli stati meridionali.

784. Soltanto in Germania alcuni giureconsulti moderni, *con più scienza che lumi* (9), posero in forse la giustizia dell'azione in rescissione. Cristiano Tomasio, nella sua 73ª dissertazione intitolata *De æquitate cerebrina*, leg. 2, C., *De rescind. vend.*, procurò stabilire che cotesta costitu-

(1) *Supra*, sull'art. 1654.

(2) V. il testo di questa legge, *supra*, n. 150.

(3) Lib. 5, n. 362, ediz. di Baluzio, t. 1, p. 901. Lo stesso fatto è confermato dalla legge dei Bavaresi, t. 15, cap. 9, e dalle legge dei Visigoti, lib. 5, t. 4, cap. 7.

(4) Part. 16, c. 285.

(5) Savigny, *Histoire du Droit au moyen-age*, t. 2, p. 246.

(6) V. le leggi 2 e 8, C. *De rescind. vendit.*

(7) Decret. gregor., lib. 3, t. 17, c. 3 (Alexander, anno 1170), e c. 6 (Innocentius, anno 1208).

(8) V. tutti gli autori che hanno scritto sulle vendite, particolarmente Loisel, *Inst. coutum.*, lib. 3, t. 4, n. 11 e 12.

(9) Espressione di Portalis, *Exposé des motifs* (Fenet, t. 14, p. 128).

zione di Diocleziano e Massimiano è surrettizia e orrettizia; che gl'imperatori Costantino, Graziano, Valentiniano, Teodosio, Onorio e Arcadio non ne fecero conto; che merita anche meno autorità per non averla i collaboratori di Triboniano raccolta nelle Pandette; che questi l'ha attinta probabilmente ad una sorgente sospetta (il codice Ermogeniano) (1).

Egli esamina quindi questa legge nel suo contenuto, e criticando il suo principale motivo, *l'umanità*, pensa debbasi considerare nei contratti solamente *la giustizia*, e che solo convenga al legislatore intervenirvi quando sieno violate le regole che stabiliscono le convenzioni. Egli oppone a cotesta legge che fa emergere una prova legale del dolo dalla bassezza del prezzo, la legge 10ª del C., detto titolo, emanata dagli stessi imperatori, la quale dichiara espressamente che il dolo può resultare soltanto dalle macchinazioni personali del compratore, non già dalla importanza del prezzo: *Dolus emptoris qualitate facti non quantitate pretii æstimatur.*

Proseguendo le sue critiche, egli sostiene che le cose non hanno in generale un prezzo vero, un prezzo giusto; esse vagliano più per l'uno, meno per l'altro; il solo prezzo da considerarsi è quello statuito nella convenzione medesima.

Finalmente, egli cita l'uso delle camere e collegj di Sassonia che hanno sempre rigettata l'azione in rescissione per lesione, quando non esistevano altre circostanze proprie a indicare il dolo (2).

785. La maggior parte di queste ragioni di Tomasio sono state vittoriosamente confutate da Portalis, nella bella discussione che sorse nel consiglio di stato sull'artic. 1674. Esse mi sembrano uno sforzo di mente, un giuoco d'immaginazione ispirato principalmente dalla mania da cui tanti dottori furono invasi, onde scagliarsi contro Triboniano perchè volle fare altrimenti dei sommi giureconsulti del secolo di Alessandro Severo. Ma cotesti dottori malgrado la loro dottrina non avevano nozione alcuna della vera filosofia della storia del dritto, nè convinzione dei progressi cui il dritto Romano fu soggetto dall'epoca delle dodici tavole fino a Giustiniano. Credo potere affermare con certezza che quel Triboniano sì malmenato dai dotti, che quel Giustiniano sì avvilito dagli ammiratori di Ulpiano, di Papiniano e di Paolo, siano stati riformatori pieni di energia e di lumi che non cessarono di operare nell' interesse della equità umana, dell' incremento della libertà civile, e della libertà delle persone e della proprietà. Convengo che il dritto di Giustiniano riguardo alla forma non è in verun modo lodevole. La sua ampollosità orientale, la sua loquacità disgustosa, alienano lo studioso, specialmente quando si confrontano quei difetti alla precisione elegante e vigorosa, al concetto sempre logico e concludente dei giureconsulti dei tempi migliori di Roma. Ma Giustiniano li supera per un istinto d'incivilimento più potente e coraggioso; egli lotta corpo a corpo con inestimabile ardire, contro la costituzione aristocratica dell' antico dritto civile già così conquassata dagli

(1) V. la discussione nel consiglio di stato, e l'opinione di Berlier (Fenet, t. 14, p. 35).

(2) Tomasio ha riprodotto alcune di queste osservazioni nelle sue note sopra Ubèro, p. 986; e sostiene che la equità invocata dalla legge di Diocleziano è puramente una equità cerebrina.

editti del pretore, e dalle risposte dei savj. Inoltrandosi sul loro cammino, ma oltrepassandoli, egli allenta le catene della schiavitù; affretta il momento della emancipazione della famiglia, nobilita la condizione dei figli e della moglie, stabilisce un sistema di successione più conforme al voto della natura; procede insomma nelle vie della libertà e della eguaglianza sotto la influenza dei principj del cristianesimo, di cui è l' istrumento ed il ministro. Giustiniano ha compiuto la conversione al cristianesimo del dritto civile ancora pagano. La sua gloria è questa, non bisogna negarlo. Sotto il riguardo della semplicità, della equità naturale, dei sensi di umanità prodotti dallo incivilimento, il codice Giustinianeo è tanto superiore al dritto delle Pandette, quanto lo è il Cod. civile al dritto Giustinianeo (1).

Quanto al merito intrinseco della costituzione di Diocleziano, così acremente impugnata da Tomasio, basta osservare con Portalis (2) che in un contratto che deve assicurare a ciascuno l' equivalente di ciò che dà, non è soltanto contrario alla equità, ma eziandio contrario alla giustizia, su cui vuole appoggiarsi Tomasio, che l'uno abbia quasi tutto e l'altro quasi nulla. La bassezza del prezzo cambia la condizione delle parti e lede profondamente la natura del contratto.

Tomasio sostiene essere quasi impossibile constare la lesione. Ma l'esperienza dimostra il contrario. Tomasio fa come gli uumini che vivono solitarj nel loro gabinetto (3); si perde in teorie puramente speculative, e si trova impacciato qualora trattisi della pratica, dell'uso e della applicazione delle leggi.

Dicendo che non havvi giusto prezzo, prezzo comune, si sostiene un paradosso e si contraddice alla coscienza di tutti gli uomini. Non havvi alcuno che non sia convinto che esista un prezzu diversu dal prezzo convenzionale, un prezzo che rappresenta il valore della cosa giusta la comune opinione e la tariffa commerciale. Il giureconsulto Paolo, uno di quei sommi uomini dell'antica Roma che Tumasio pareva ammirasse in modo esclusivo, lo aveva già detto espressamente: « *Pretia rerum non ex affectu* « *nec utilitate singulorum, sed com-* « *muniter funguntur* (4). »

786. L'azione di rescissione per lesione fu adottata in Francia fino all'anno III, epoca in cui venne abolita da una legge del 14 Fruttidoro (31 Agosto 1795).

Ma questa legge fu imposta dalle circostanze del momento. Quando fu concepita e pubblicata, era impossibile riconoscere in qual caso eravi lesione. La carta monetata ed il valore degl'immobili essendo sottoposti ad eguale mobilità, quindi non era possibile stabilire alcuna proporzione tra il prezzo convenuto e il valore reale della cosa (5). Ma però, quando fu passata la crisi, si manifestò il bisogno di ristabilire l'azione di rescissione. Ciò avvenne mediaute un decreto del

(1) Questo tesi potrà sembrare un paradosso. Ma forse un giorno io le giustificherò mercè la pubblicazione di un lavoro in cui ho riunite le prove dei miei asserti, e in cui si comprendono i progressi filosofici del dritto Romano dalle 12 tavole sino a Giustiniano.

(2) Discussione al consiglio di stato (Fenet, t. 14, p. 38 e seg.).

(3) Portalis (Fenet, t. 14, p. 39) dice: *Come i professori in generale.* Ma l'espressione non è totalmente giusta.

(4) L. *Si servum*, Dig. *Ad leg. Aquil.* V. anche Grozio, lib. 2, cap. 12, n. 11 e 14.

(5) Portalis, discussione al consiglio di stato (Fenet, t. 14, p. 46).

3 Germile anno V (23 Marzo 1797), senza però poterla applicare alle vendite dei beni nazionali (1).

787. Quando s'incominciò a preparare il Codice civile, Berlier propose una specie di temperamento tra la legge dell'anno III e la legislazione di Giustiniano (2). Egli voleva che la vendita fatta tra persone di età maggiore, si rescindesse soltanto quando esisteva tra il valore reale dell'immobile ed il prezzo convenuto, tale disproporzione che ne resultasse presunzione legale di errore. Secondo lui, questa presunzione non doveva aver luogo 1° a favore del venditore, fuorchè quando l'immobile era stato venduto pel terzo del suo valore; 2° a favore del compratore, fuorchè quando il prezzo dell'immobile era pari a tre volte il suo valore o più.

In questo sistema, la presunzione legale di errore poteva resultare soltanto da atti con data certa e contenenti nozioni bastanti intorno alle rendite dell'immobile all'epoca della vendita, di modo che, paragonando codesto rendite col prezzo della vendita, i tribunali potessero, senz'altro esame e senza ordinare perizia alcuna, riconoscere l'esistenza dell'errore.

Ma questo progetto era per Berlier un ripiego, una transazione e nulla più. Prima di tutto, egli voleva conservata la legge dell'anno III. Lo domandava con istanza, basandosi sulle dottrine di Tomasio, sull'uso di più stati del Nord che rigettano l'azione di rescissione per lesione, sulla ragione che gli stati meridionali l'hanno ammessa semplicemente per opera dei teologi. Regnaud (de Saint-Jean-d'Angely), Réal, Defermon, sostennero l'opinione di Berlier.

788. Ma fu combattuta da Portalis, Cambacérès, Tronchet, Muraire, e singolarmente dal primo console. Tutta cotesta discussione è un capo d'opera di logica, e di profonda erudizione. Dall'una parte e dall'altra si presentarono con eloquenza grave e robusta le considerazioni più importanti, le idee più ingegnose. A tali dibattimenti va debitore il consiglio di stato di quell'epoca dell'ammirazione della posterità.

Dopo due sessioni importantissime, la vittoria rimase a Portalis ed al primo console, i quali sostennero in gran parte il peso della discussione. Secondo me la loro opinione era quella della intiera Francia, siccome lo è anche oggi. Imperocchè tra tutti i tribunali consultati sul progetto del Codice civile, vi fu uno solo, quello di Rouen, che chiese il mantenimento della legge 14 Fruttidoro anno III.

E veramente tale opinione è la sola che potesse riconoscersi dalla ragione e dall'interesse dei costumi. A convincersene bastino queste gravi riflessioni presentate dal primo console.

« Supponiamo che il venditore abbia voluto ricevere una somma di « 10,000 franchi, come prezzo di una « proprietà di 100,000. Allora chi non « dovrebbe esclamare contro l'ingiu« stizia di un contratto simile? chi « non vedrebbe con indignazione che « il Codice civile l'ha sanzionato? « quel Codice civile che deve essere « il resultamento più esatto della giu« stizia civile! *se esso riposa su code« sta base, sarà eterno.*

« Si oppone che nei principj della « legge civile i contratti vogliono es« sere rispettati.

(1) Legge del 2 Pratile anno VII.

(2) Fenet, t. 14, p. 34.

« Ma non esiste contratto di vendita quando non si riceve l'equivalente di ciò che si dà, quando la seduzione delle passioni o il bisogno hanno indotto un proprietario a cedere la cosa sua per nulla. Come mai può essere conforme ai principj della giustizia civile la sanzione di un atto col quale un individuo sacrifica, in un momonto di follezza, il fondo de' suoi maggiori e il patrimonio de' suoi figli all'impeto della passione?

« Se ha ceduto al bisugno, perchè non dovrebbe la legge assumere la difesa del povero oppresso contro l'uomo facoltoso, che per ispogliarlo, abusa della occasione e della sua ricchezza?

« La legge della rescissione l'obligherà a pagare almeno la metà del suo valore.

« Questa legge potrà qualche volta eludersi; *ma più sovente si opporrà alla ingiustizia, e per la ragione appunto ch'essa esisterà, vi saranno meno occasioni d'invocarla.*

« Sarà specialmente il vantaggio che i costumi ritrarranno dalla legge; il timore dell'azione in rescissione farà sì che ninno oserà permettersi una lesione enorme. Tolta quest'azione, la frode non ha più freno, e il suo ardire non avrà limiti.

« Ora, a favore di chi ridonderebbe la esclusione dell'azione di rescissione, nel caso di una lesione enorme?

« A favore di pochi speculatori.

« E per proteggere un interesse simile si vorrebbero calpestate le leggi dei costumi, e i principj della giustizia civile (1)!! »

Qui, se non m'inganno, avvi il concetto dell'uomo di gran mente, e le riflessiuni di una politica sublime e morale. Al confrontu di coteste importanti considerazioni, i cavilli cronologici di Tomasio mi sembrano meschinissimi.

789. Dopo aver fatto conuscere la origine del nostro artic., ci occuperemo adesso della sua interpetrazione.

La rescissione ha luogo soltanto, giusta il testo medesimo, per le vendite d'immobili; le vendite di mobili non vi vanno soggette (2).

« La ragiune di ciò si è (riferisco le parole del primo console), che la legge di rescissione è una legge di costumi, il cui scopo è il territorio. Puco importa il modo col quale un individuo dispone di qualche diamante, di qualche quadro; ma il modo cun cui egli dispone della sua proprietà territoriale non è indifferente alla società. Tocca a questa stabilire regole e limiti al dritto di disporre; ed è in coerenza a questo principio che la legge assicura una legittima ai figli sopra i beni dei genitori, ai genitori sopra ai beni de' figli. E perchè il dritto di proprietà non concede ad alcuno la disposizione indefinita de' suoi beni, perchè nissuno può farne uso contro i costumi, la legge pesa da un lato gli affetti, dall'altro i doveri, e mediante sagge proibizioni, impedisce all'uomo di far cedere i suoi doveri alle sue inclinazioni (3). »

Una seconda ragione si è che il prezzo dei mobili è meno costante di quello degl'immobili; che siccome cotesti uggetti sonu sultoposti a frequen-

(1) Fenet, t. 14, p. 58, 59.

(2) Pothier, *Vente*, n. 340. Molineo, sopra Parigi, § 33, glossa 1, n. 47. Bretonnier, sopra Henrys, t. 4, p. 215, n. 18. Disc. 7.

(3) Fenet, t. 14, p. 57, 58.

ti rimovimenti, a deteriorazioni o cambiamenti di forma, e ad una estrema variabilità di valore, cosi sarebbe impossibile trovare un termine di confronto bastantemente positivo per istabilire il prezzo comune all' epoca del contratto. Il sistema della rescissione sarebbe in questo caso una cagione di molestia e d' inquietudine, e l' interesse del commercio deve preferirsi all'interesse di pochi individui (1).

Sotto l' antico governo, era ammessa l'azione di rescissione per oggetti mobili preziosi, come diamanti, gioje, etc. (2). Ma il Codice esclude questa eccezione, che potrebbe produrre delle discussioni troppo arbitrarie per determinare se un oggetto sia più o meno prezioso (3).

Cosi non bisognerebbe ammettere la rescissione per la vendita di una tagliata di macchia, quantunque un bosco ceduo (*sylva cædua*) sia certamente cosa di molto prezzo: la giurisprudenza la rigettava sotto l'antico governo per un caso simile (4), egualmente che in tutte le vendite di frutti, quantunque fossero ragguardevoli (5). Essa non sarebbe neppure ammissibile nella vendita di una carica (6).

790. La rescissione non ha luogo nelle vendite aleatorie. Se ne concepisce facilmente il perchè. La eventualità cui va incontro il compratore, vuole essere compensata da una diminuzione sul prezzo.

Però fu giudicato che la vendita di una eredità non si possa annullare per bassezza del prezzo (7), tanto se sono stati venduti i dritti incerti che può avere alcuno ad una eredità (*incertum hæreditatis*), tanto se fu venduta l'eredità medesima (8). Cotesta vendita comprende un oggetto il cui valore attuale nulla ha di positivo; l' emolumento apparente della successione può trovarsi assorbito da debiti non conosciuti (9).

Ma se il compratore non corre rischio, come, per esempio, se fu convenuto che nel caso in cui nulla si trovi di liquido nella eredità, egli non pagherà il prezzo stipulato, in tal caso la lesione fa annullare il contratto. Despeisses dice aver veduto decidere la cosa in tal modo, consultando sopra un caso simile. Si dovrebbe decidere egualmente se il venditore assumesse i debiti sopra di sè (10).

Havvi un'altra eccezione alla regola che la rescissione non ha luogo nella vendita di dritti successorj. Ed è quando questa vendita vien fatta da un erede al suo coerede. Il motivo di questa eccezione si è, che un atto simile fa le veci di una divisione, e che in questa specie di operazioni l'eguaglianza è anche più rigorosamente necessaria che negli altri contratti (11). Sennonchè, se la vendita fatta ad un coerede contenesse la espressa clausola *a di lui rischio e pericolo*, l'azio-

(1) Portalis, *Exposé des motifs* (Fenet, t. 14, p. 140, 141).

(2) Cujacio, ad cap. 2, *extra. De donat.* Voet, lib. 18, t. 5, n. 12. Decisione del parlamento di Parigi del 21 Giugno 1510. Despeisses, t. 1, p. 20, *decimo sexto.* Pothier, *Vente*, n. 340.

(3) Portalis, *loc. cit.*

(4) Cosi c' insegna Molinèo, mentre biasima cotesta giurisprudenza (Stat. di Parigi, § 33, glos. 1, n. 47); ma è approvata da Pothier *(loc. cit.)*, e da Bredeau, sopra Louet, lettera B, cap. 14. Bretonnier (*loc. cit.*, n. 20), inclina alla opinione di Molinèo.

(5) Despeisses, t. 1, p. 20, *decimo sexto.*

(6) Cassazione, 17 Maggio 1832 (Dal., 32, 1, 326).

(7) Bredeau, sopra Louet, lettera H, cap. 7. Despeisses, *loc. cit.*, *decimo quinto.* Pothier, *Vente*, n. 342. Bretonnier, *loc. cit.*, n. 21.

(8) Voet, *loc. cit.*, n. 15.

(9) Parigi, 17 Giugno 1808 (Sirey, 10, 2, 538. Dalloz, *Vente*, p. 924).

(10) *Loc. cit. Junge*, Duranton, t. 16, n. 440. Orléans, 24 Maggio 1831 (Dal., 32, 2, 226). Ma i motivi di coteste decisione non sono molto fondati.

(11) Pothier, *Vente*, n. 342.

ne in rescissione non sarebbe ammessa. Tale è la disposizione dell'art. 889 del Codice civile (1).

Ma osservate che quell'articolo esige la clausola *a di lui rischio e pericolo.* Se non vi si trovasse, potrebbe chiedersi la rescissione, giusta l'art. 888 combinato coll'art. 889. Così fu giudicato dalla corte di Tolosa con decisione del 3 Marzo 1830 (2). Tutte le dottrine sulla materia vagliono a confermare la detta decisione.

791. Dacchè il contratto di rendita vitalizia è aleatorio, bisogna conchiudere che la vendita di un immobile per una rendita vitalizia non può annullarsi per causa di lesione (3). « Non « può darsi misura assoluta, diceva « Portalis (4), per regolare le cose « incerte; e però l'azione rescissoria « fu sempre rigettata nei contratti a- « leatorj, cioè in tutti i contratti di- « pendenti da un evento incerto. »

Ma se il contratto posasse sopra tali basi che il compratore a rendita vitalizia non corresse rischio di sorta, credo fermamente che l'azione in rescissione verrebbe ammessa, per le ragioni che io esponeva al numero precedente. Sopra trovansi esempj singolari di vendite in cui il compratore non era esposto a verun rischio (n. 150). Per aver trascurato questo punto capitale in materia di rescissione, alcuni tribunali, mossi da una falsa equità, si sono allontanati dai veri principj in materia di prezzo. Ho accennato il loro errore al n. 150.

Se le annualità della rendita sono evidentemente inferiori alle rendite annue dell'immobile, la rescissione verrà ammessa; imperocchè il compratore non è esposto a verun rischio (5). Lo stesso avverrà se le annualità della rendita vitalizia non sono più considerevoli di quelle di una rendita costituita in capitale.

792. È stata agitata la quistione se la vendita della nuda proprietà di un immobile sia o non sia soggetta a rescissione, e la corte di Montpellier si è dichiarata per la negativa nel suo giudicato 6 Maggio 1831 (6). « Atteso- « chè, essa dice, il valore di un dritto « di cotesta natura dipendendo da un « evento incerto, l'epoca della morte « dell'usufruttuario, non è capace di « stima esatta; che però la cessione « ha un carattere aleatorio, etc. »

Duranton (7) opina diversamente, per la ragione che la legge non distingue, e che l'art. 1674 si applica nella sua generalità ad un immobile spogliato dell'usufrutto, egualmente che a un immobile i di cui frutti appartengono all'acquirente. Duranton insiste affermando non essere in verun modo impossibile stimare un usufrutto, che in moltissimi casi è necessario farne la stima, etc.

Questa opinione mi sembra esatta, ed io non credo che in principio si debba respingere un'azione in rescissione, appunto perchè il venditore si è riservato l'usufrutto. Il calcolo delle probabilità non è un arcano im-

(1) Decisione di Grenoble del 9 Febbrajo 1814 (Dal., *Vente*, p. 909).

(2) Dal., 30, 2, 224. *Junge*, Chabot, sull'art. 889, e Malpel, n. 314.

(3) Arg. dell'artic. 1976. Pothier, *Oblig.*, n. 37. Merlin, Répert., v° *Lésion*, § 1. V. le decisioni citate sopra, n. 150.

(4) *Exposé des motifs de la rente viagère* (Fenet, t. 14, p. 546).

(5) Duranton pensa egualmente, ma per ragioni che io non approvo (t. 16, n. 441). Egli dice, per esempio, che in un caso simile, havvi donazione, vendita simulata; ma è un errore. Niuno dona senza intenzione di donare, nè può dirsi liberalità dove esiste volontà di vendere, ma fuvvi errore sul vero prezzo.

(6) Dal., 31, 2, 214.

(7) T. 16, n. 442.

penetrabile, e non bisogna lasciarsi ingannare da apparenze di pericoli che spesso sono puramente immaginarj. Se, per esempio, vi vendo per 12,000 fr. un immobile che ne vale 120,000, è chiaro per tutti che la riserva di usufrutto che ho stipulata in mio favore nulla partecipa di aleatorio a quel contratto, quando anche avessi soltanto venti anni, e dovessi vivere fino a cento. Imperocchè non siete esposto a veruna perdita o pericolo, in qualunque caso. I vostri disborsi, alla peggiore ipotesi, si ridurranno: 1° nei 12,000 franchi, di cui siete stato privo per ottant' anni; 2° negl' interessi di detta somma per lo stesso corso di tempo; totale 60,000 franchi; e per questi 60,000 franchi, avrete avuto un immobile che ne vale 120,000. In questo stato di cose chi può dire che il contratto sia aleatorio? Qual'è il pericolo dove esistono soltanto probabilità di guadagno? Non iscorgiamo dunque verun motivo necessario d' inammissibilità per la rescissione diretta contro un contratto di vendita della nuda proprietà, e, secondo me, la cosa dipende dal decidere se, fatti tutti i conti, il compratore non ha pagato più che cinque dodicesimi.

Ho avuto notizia dal caso seguente: Françoise vende a Bertrand, 1° una casa; 2° diversi appezzamenti di terra; ogni cosa per 1,200 franchi, pagati nell'atto della vendita. La venditrice si riserva, sua vita durante, il godimento della casa, e la metà dei frutti annui delle terre. In seguito, essa sostiene che gl' immobili venduti hanno il valore di 6,000 franchi, e ch'essa fu lesa. — Si diceva, onde distruggere la sua pretensione, che eravi *alea* nella stipulazione del prezzo, essendochè fosse incerto il tempo durante il quale il compratore era privato del godimento della cosa. Ma, secondo me, questo mezzo solo non era bastante per trionfare. L'acquirente aveva dritto di raccogliere una porzione dei frutti della cosa, e Françoise sosteneva che cotesti frutti erano l' equivalente dell' interesse del suo danaro. Prima di tutto bisognava schiarire questo punto decisivo, e qualora si riconoscesse che le proteste della venditrice non erano mal fondate, è certo che il contratto non avrebbe presentato verun indizio di eventualità. In tutti i casi, si poteva sostenere che bisognava stimare l'usufrutto, dedurre l'ammontare di quella stima dal valore reale degl' immobili, e quindi vedere se l'acquirente aveva pagato meno dei sette dodicesimi della differenza.

793. Perchè l' artic. 1674 si serve della parola *immobile*, alcuni autori hanno concluso che non sia applicabile alla vendita dei dritti immobiliari (1).

Questa opinione contiene un errore manifesto che credo dovere accennare, perchè potrebbe avere delle conseguenze dannose. L' art. 526 del Codice civile, è la spiegazione migliore dell' artic. 1674; esso pone i dritti immobiliari fra gl' immobili.

La rescissione potrà dunque aver luogo per la vendita di un dritto di superficie, di enfiteusi (2), di servitù (3).

Se non ha luogo nella vendita di un usufrutto, ciò non è perchè l'usu-

(1) Duranton, t. 16, n. 414.

(2) Duranton lo decide egualmente; ma per non contraddirsi, è obbligato a dire che le enfiteusi e la stessa proprietà (*loc. cit*, n. 443), proposizione esagerata.

(3) Bretonnier (sopra Henrys, t. 4, p. 215, n. 18) dice: *tutti gl' immobili, così i reali, che i fittizi, vi sono compresi.*

frutto non sia un immobile, come dice Duranton (1). Imperocchè l'art. 526 del Codice civile stabilisce il contrario; è perchè l'usufrutto, riguardo alla durata, ha qualche cosa d'incerto (2). Osservate cionnondimeno che se la vendita si facesse per una rendita annua evidentemente inferiore al valore dei frutti, si potrebbe proporre il mezzo della rescissione.

794. Vediamo adesso a quanto debba ascendere la perdita del venditore perchè sia egli autorizzato a lagnarsi di una lesione enorme.

Giusta la costituzione di Diocleziano e di Massimiliano, seguita nell'antica giurisprudenza, bisognava che il venditore fosse leso di oltre la metà del giusto prezzo.

All'epoca della discussione del Codice civile, la commissione propose determinare la quota della lesione oltre ai sette dodicesimi.

Quella parte del consiglio che si era opposta all'ammissione del principio della rescissione, fece quanto potè per crescere quanto fosse possibile il limite della lesione, volendo modificare così la resoluzione ch'era stata presa. Bérenger propose conseguentemente di esigere una lesione dei due terzi (3); ma quei tentativi furono inutili. Le osservazioni di Tronchet (4) fecero prevalere la proposta della commissione.

Il motivo che ha fatto esigere una lesione di oltre i sette dodicesimi, in luogo di una lesione di oltre la metà, si è lo aver considerato, che limitandosi alla metà, la cosa rimaneva in una linea troppo incerta. La differenza più lieve, quella eziandio di un franco, avrebbe vinta la prova (5).

795. Ma cosa s'intende per *giusto prezzo*?

Già ho detto qualcosa del significato di coteste parole (*supra*, n. 150). Si può d'altronde consultare la esposizione dei motivi di Portalis (6).

Non bisogna imputare sul prezzo i dritti di registro pagati dal compratore; perchè non ne ha profittato il venditore (7).

Ma bisogna computare tutto ciò che è stato pagato dal compratore a discarico del venditore; come pure tutto ciò che è stato pagato a dei terzi, che lo minacciavano di evizione, onde conservare il possesso della cosa (8).

796. Può accadere, che per sottrarsi all'azione di rescissione, il compratore faccia inserire nel contratto la dichiarazione di un prezzo più considerevole di quello che fu realmente convenuto.

Cotesta falsa dichiarazione non deve nuocere al dritto del venditore. E ciò è stato positivamente riconosciuto nel consiglio di stato all'epoca della discussione dell'art. 1676, principalmente dal primo console (9). Il venditore potrà dunque impugnar l'atto come fraudolente. È vero che non sarà facile provare la frode.

(1) *Loc. cit.*

(2) Voet non vuole neppure che le rescissione ebbia luogo per la vendita di un usufrutto; ma ce dà une ragione peco soddisfacente, cioè le incertezza sulla quota dei frutti e sul lero valore (lib. 13, t. 5, n. 15). Su questa proposizione che la rescissione non ha luogo in materia di vendite di usufrutto, vedi Proudhon, t. 2, n. 899. *Contra* Delvincourt, t. 3, p. 163, note.

(3) Fenet, t. 14, p. 63.

(4) Idem.

(5) Tronchet, *loc. e t.*

(6) Fenet, t. 14, p. 132. *Junge*, Pothier, *Vente*, n. 344.

(7) Maynard, lib. 4, c. 31. Despeisses, t. 1, p. 17, *nono*. Pothier, *Vente*, n. 346.

(8) Despeisses, peg. 19, *sexto*. Pothier, *Vente*, n. 346.

(9) Fenet, t. 14, p. 70, 71.

797. Il venditore non può rinunziare nel contratto alla facoltà di domandare la rescissione. Imperocchè s'intende che quel medesimo acciecamento e quella illusione che lo indussero a vendere il suo immobile a vil prezzo, hanno potuto indurlo a rinunziare al dritto futuro di far ristabilire l'eguaglianza nella convenzione.

Tale era pure l'antica giurisprudenza. Essa scioglieva il venditore da tutte le rinunzie, anche da quelle che aveva fatte con giuramento (1).

È vero che alcuni interpetri, procurando introdurre delle sottigliezze onde render vane, dice Caronda (2), *le belle ed eque disposizioni del dritto*, avevano suggerito l'invenzione d'inserire nel contratto la clausola che, *se il fondo vale di più, il venditore dona il di più al compratore* (3), aggiungendo a questa clausola delle ragioni per sostenerla, come dicendo: *Che, conoscendo benissimo il valore del detto fondo, dona e libera al compratore il di più del valore.* Ma questi erano semplici artifizj legali, ripiegbi capziosi e fraudolenti, *aucupia verborum*, che provavano sempre più le molestie in cui trovossi il venditore. Imperocchè un uomo che contratta con pienezza di libertà, non si sottopone a sacrifizj simili. Conseguentemente la giurisprudenza delle decisioni e l'opinione dei più gravi tutori (4) avevano condannato cotesti artifizj.

Il nostro articolo è diretto dalle medesime idee. Neppure esso vuole che si faccia caso delle clausole con le quali il venditore venisse a donare il di più del valore. Sono queste espressioni di stile e per lo più stipulazioni estorte al venditore dal rigore delle circostanze che lo fanno condiscendere ad un contratto oneroso. Tutte coteste dichiarazioni si presumono mancanti di sincerità, ed è il caso di dire: *Tanquam nimiæ, est verus dolus.* Colui che vende perchè ha necessità di danaro, non ha voglia di fare una donazione, e quanto più conoscesse il vero valore della cosa, più il suo difetto di libertà sarebbe manifesto o chiamerebbe in soccorso la legge (5).

Ma se le circostanze indicassero che le parti hanno piuttosto stipulato nel concetto di donazione che in quello di vendita, non si dovrà porre mente alla bassezza del prezzo (6).

798. Ma cosa si dovrà decidere se la rinunzia è fatta *ex intervallo?*

Fabro esamina questa quistione, e cita un giudicato del senato di Chambéry del 15 Aprile 1595 che ha dichiarata la inefficacia della rinunzia (7). La ragione si è, secondo quel giureconsulto, che la rinunzia è affetta del medesimo vizio del contratto primitivo, e che può essere impugnata per lo stesso motivo.

Questa opinione mi sembra però troppo rigorosa. Quando sono lontane le circostanze che hanno dominato al passaggio del contratto, la presunzione di errore sparisce, il venditore agisce allora con piena libertà: libero d'impugnare la vendita, egli preferisce ratificarla, e abdicare al suo dritto.

(1) Pothier, n. 353 e 354. Fabro, C., lib. 4, t. 30, def. 1. Sennonchè ciò non ero ammesso senza contestazione (V. Bretonnier, sopra Henrys, t. 4, p. 218, n. 37).

(2) Répons., lib. 12, c. 36.

(3) Fachinèo voleva però che cotesta clausola fosse valida (Contr., lib. 3, c. 17).

(4) Fabro, *loc. cit.* Despeisses, t. 1, p. 17, *tertio.*

(5) Fachinèo, lib. 2, c. 30. Mi sorprende che Tiraquello abbia avuto una opinione contraria (De ret. municip., § 1, glossa 18, n. 14).

(6) Despeisses, p. 17, *tertio.* L. 38, D. *De cont. empt. Junge*, Duranton, n. 434, t. 16.

(7) *Loc. cit.*, def. 23. Pothier, n. 355.

Questa rinunzia è al tutto obbligatoria, presso a poco come lo sarebbe quella con la quale un individuo condonasse ad un altro il suo dolo passato.

La opinione che propongo mi sembra inoltre basata sui termini del nostro articolo: *quand' anche* NEL CONTRATTO *avesse rinunciato espressamente alla facoltà di domandare una tale rescissione*, etc. Questo testo non condanna dunque fuorchè una rinunzia concomitante colla vendita (1).

799. Trattasi adesso di esporre a favore di cui venga aperta l'azione di rescissione.

In primo luogo gli eredi del venditore la possono esercitare, purchè siano tuttavia nei termini. La l. 2, al C., *De rescind. vendit.*, lo decido espressamente (2). Vedremo, comentando l'art. 1685, se cotest'azione si divida tra loro.

Non solo il venditore e i suoi eredi hanno il dritto di far rescindere la vendita, ma i suoi creditori possono ancora costringere il compratore a supplire il giusto prezzo, se non preferisce rendere la cosa comprata. Molte antiche decisioni statuiscono in questo modo (3), nè questa opinione potrebbe venir contestata.

E siccome quest'azione prende origine dalla buona fede e dalla equità naturale, che è di tutti i tempi e di tutti i luoghi, nulla si oppone perchè non venga esercitata da un forestiero leso da un Francese in una vendita d'immobili. Così fu deciso con sentenza del parlamento di Parigi del 18 Luglio 1616, in favore di un venditore tedesco contro un Francese (4).

800. Oltreacciò osserviamo che il nostro articolo è specialmente un benefizio introdotto a favore del venditore maggiore.

Quanto al minore, la sua posizione è più favorevole; essa è regolata dagli art. 1305 e seg. del Cod. civile, che io mi limito a citare qui, avendo trattate molte quistioni che vi si riferiscono nel mio comento *sulle Ipoteche* (n. 492 e seg.), e sopra al n. 166.

Ma se il minore fosse stato autorizzato, la vendita del suo immobile verrebbe assomigliata a quella fatta da un maggiore (art. 1314), e sarebbe retta dal nostro articolo.

801. L'azione in rescissione si esercita contro il compratore o contro i suoi eredi, od eziandio contro un terzo detentore (art. 1681).

Fachinèo si è scagliato contro la opinione comune dell' antica giurisprudenza, che, allora come oggi, autorizzava l' azione in rescissione contro un terzo possessore, successore a titolo particolare. L'azione in rescissione, diceva quel dottore, trae l'origine da un contratto; essa non investe la cosa, nè può essere diretta fuorchè contro la persona obbligata; ma un successore a titolo singolare dev'esserne esente (5).

Voët porta la stessa opinione (6).

(1) *Junge*, Duranton, t. 16, n. 436, e art. 1338 del Cod. civile.

(2) Fabro, C., lib. 3, t. 25, def. 9. Arg. dall' articolo 1685.

(3) Parlamento di Bretagna (Despeissas, t. 1, p. 18, *undecimo*). Parlamento di Parigi, 5 Marzo 1558 (Caronda, Répons., l. 9, c. 25). Parlamento di Tolosa, Luglio 1593 (Mayoard, lib. 3, c. 70). *Infra*, n. 827.

(4) Despeisses, t. 1, p. 17, *primo*. Bretonnier, sopra Henrys, t. 4, p. 215, n. 17.

(5) Cont., lib. 2, c. 18. Egli conviene che l'opinione contraria è l'opinione generale. Infatti, essa appoggiavasi alle dottrine di Baldo, di Tiraquello, di Covarruvia, di Menochio, etc. Bretonnier, sopra Henrys, t. 4, p. 215, n. 15, cita molte altre autorità, specialmente testi di statuti, in sostegno della opinione comune. Brunemanno è della stessa opinione di Fachinèo sulla l. 4, Dig. *De rescind. vend.*

(6) Ad Pand., lib. 18, t. 5, n. 6.

Egli considera l'azione in rescissione siccome puramente personale. Contuttociò se il compratore si fosse affrettato a vendere immediatamente a vil prezzo ad un secondo venditore, pensa Voët, che in questo caso, si potrebbe dare a quest' ultimo l' azione revocatoria Pauliana.

Ecco come risponde Caronda a cotesti scrupoli, e come espone lo stato molto più razionale della giurisprudenza Francese su cotesto punto (1).

« Fu creduto da alcuno che il venditore o il suo successore non possa « domandare la rescissione del contratto, per causa di lesione di oltre la metà del giusto prezzo contro « un terzo possessore cui il compratore abbia venduto il fondo che è « in lite; e la loro ragione principale « consiste nell'essere puramente un' « azione personale (2). Ma l' uso nostro in Francia è diverso, per cui « cotesta rescissione non si domanda « per semplice azione, ma per lettere « di restituzione, in cui vengono cumulati il rescindente ed il rescissorio di cui tratta Speculator, titolo « *De integ. restit.*, e Imbert, nelle sue « inst.; talmentechè, per conclusione « delle medesime, si tende a fare annullare e rescindere il contratto, e « conseguentemente a far desistere e « privare il possessore del godimento « e possesso del fondo in litigio, del « che si desume la ragione *Ex l. in* « *causæ*, 13, § 1, *De minorib.* Nella « pratica antica, il venditore si volge- « va prima contro il compratore per « far rescindere il contratto; e avendo ottenuta la sentenza, se il compratore non voleva supplire il giusto prezzo, ne domandava la esecuzione contro il terzo possessore; « e qualche volta per abbondare in sicurtà, lo faceva citare onde assistesse alla istanza di omologazione « del decreto di rescissione. Ma onde « evitare cotesto circuito, onde non « fare di una due cause, fù riconosciuto più espediente riunire nello « stesso decreto il rescindente ed il rescissorio, e rivolgersi direttamente « contro il terzo detentore, il quale ha « regresso contro il venditore, secondo che trattasi del minore, *in lege* « 13, § 1, D., *De minorib.* (3). Quindi è, che per la ragione generale « del dritto, ogni alienazione vien « fatta colla sua causa (4), e con le « condizioni cui era sottoposto il dritto di chi abbia alienato, e si vuole « giovare del dritto altrui. *Uti debet* « *cum sua causa suisque vitiis*, l. *Pomponius*, § 1, D., *De acq. possess.* Si « può vedere ciò che ne ha scritto Tiraquello (*ad leg. si unquam*, C., *De* « *revocand. donat.*), e Covarruvia (lib. « 2, *Variar. resol.*, c. 3), e questa « opinione è riputata la più comune « dei dottori, non dovendosi imputare di errore i pratici, siccome l' ho « dimostrato nel quarto libro delle « Pandette, dove confuto tutti gli er-

(1) *Répons. du Droit Franc.*, lib. 12, c. 35. V. il passe di Molinèe, che io cito *infra*, n. 804.

(2) L. 2, C., *De rescind. vend.* L. 1, D. *De cond. ex lege.* L. 1, § *Si hæres*, D. *Ad J. C. Trebell.* L. ult., § ult., Dig. *De cont. empt.* L. *Dolus*, C. *De rescind. vend.*

(3) Ecco il testo di questa legge: « Interdum restitutio et *in rem* datur minori; id est adversus rei « ejus possessorem, licet cum eo non sit contractum. « Ut puta: rem a minore emisti, et alii vendidisti: « potest desiderare interdum adversus possessorem restitui, ne rem suam perdat, vel re sua careat. » Questo testo è copiato da Paolo. Il giureconsulto Cajo insegna le stessa cose nella legge 15 dello stesso titolo. Bisogna però osservare, che nel dritto Romano, se il terzo era stato di buona fede, ed il suo venditore fosse solvente, il minore non aveva azione reale (L. 13, § 1, già citata).

(4) *Contractus eodem injustitiæ morbo laborat*, dicevano energicamente gl' interpetri.

« rori di cui taluni accusano i pratici « perchè poco intelligenti e versati « nella pratica. »

Dunque nella giurisprudenza Francese la rescissione operava a titolo di restituzione in intiero. Era sembrato che la lesione imprimesse al consenso un vizio bastantemente grave perchè il maggiore venisse in qualche modo sciolto dalle sue promesse, come lo sarebbe colui che non avesse il pieno uso delle sue facoltà.

Da ciò si vede come l'azione in rescissione fosse allora cosa molto più grave della semplice azione personale. Essa attaccava la cosa, era *in rem scripta*, oppure *utilis in rem*, come lo dice Pothier (1).

Il doppio carattere dell'azione in rescissione, il suo lato personale, ed il suo lato reale, erano perfettamente distinti nell'antica pratica francese, che noi esporremo qui brevemente per agevolare la perfetta intelligenza di questa materia.

802. Nell'antica giurisprudenza, la rescissione si otteneva soltanto in virtù di rescritto regio, per cui il re annullava gli atti infetti di vizio, qual'è il dolo, la frode, la lesione, la minorità. Si credeva che il giudice, investito soltanto di un potere di esecuzione, non avesse di per sè tanta autorità per dichiarare la rescissione di un atto che aveva esteriormente il carattere di un contratto, e di cui l'editto non aveva espressamente dichiarata la nullità; conseguentemente esigevasi che le parti ricorressero al re, fonte d'ogni giustizia e magistrato supremo, perchè autorizzasse il giudice a esaminare il vizio imputato all'atto, e concedere la domanda se i fatti si verificassero (2). Soltanto dopo avere ricevuta dal re questa estensione di potere, poteva il giudice occuparsi del mezzo di rescissione.

Il giudice, munito del rescritto regio, esaminava la causa, e se la domanda era ben fondata, omologava cotesto rescritto mediante un decreto che si chiamava *rescindente*. Il rescindente era la remozione dell'ostacolo che impediva all'attore di agire, ed il suo ristoramento nello stato in cui era all'epoca del contratto contro cui aveva ottenuto decreto di restituzione.

Il rescindente annullava così il contratto e liberava l'attore dal suo impegno. Fin qui è il lato personale dell'azione quello che domina. Ma qual'è l'effetto della restituzione in intiero?

Cotesta restituzione annulla l'atto primitivo e tutto ciò che n'è derivato; fa sparire i dritti di colui che era stato investito da quell'atto, conseguentemente fa ritornare l'immobile a quello che lo aveva alienato, e risolve le disposizioni emanate dal detentore di quell'immobile, *medio tempore* (3). Per esso, insomma, *omnia in pristinum statum reducuntur*.

Questa procedura degli effetti della restituzione, questa rivoluzione retroattiva determinata nello stato delle parti e della cosa, era ciò che i pratici chiamavano il *rescissorio*. Il rescissorio era l'esecuzione del rescinden-

(1) *Vente*, n. 332. Ubèro però non poteva ammettere che quest'azione fosse una restituzione in intiero (Prælect. ad Pand., *De rescind. vend.*, n. 8).

(2) Lorry, sopra Laplance, t. 3, lib. 2, cap. 7, p. 315. Toullier, t. 7, n. 524. V. la dissertazione che ho fatta su ciò *supra*, sull'art. 1658.

(3) L. 13, § 1, D. *De minorib.* Domat, *De rescis. et rest.*, n. 6. Molinèo, sopra Parigi, § 33, glos. 1, n. 44. Pothier, *Vente*, n. 356 e 370. Loyseau, *Déguerp.*, lib. 6, cap. 3. Bourjon, t. 2, p. 490.

te (1). Quando in conseguenza del decreto intervenuto, il venditore costituivasi attore contro il detentore delle cose alienate, concludendo alla restituzione, ciò dicevasi il rescissorio (2). Qui il carattere reale dell'azione apparisce distintamente e chiaro.

Quindi è che il rescindente ed il rescissorio erano due cose diverse. Senza dubbio, quando l'obbligato personale era al tempo stesso detentore, la loro fisonomia speciale si delineava meno distintamente, ed il giudice profferiva con una sola sentenza quanto all'uno e all'altro. Ma quando si procedeva separatamente pel rescissorio contro un terzo detentore che non era comparso al rescindente, i lineamenti respettivi di queste due fasi della restituzione in intiero si mostravano con tutte le loro profonde differenze. La personalità e la realtà dell'azione non erano ascose per nessuno.

803. Dopo la legge de' 7 Settembre 1790, che abolì l'uso dei rescritti di rescissione, le restituzioni in intiero si domandano nella forma ordinaria. Ma l'azione per lesione ha cionnondimeno conservato il suo carattere di azione *in rem scripta* (art. 1681) (3). È la conseguenza necessaria della restituzione che tende ad ottenere: non vi sarebbe restituzione, se la cosa non ritornasse, malgrado tutte le alienazioni intermedie, nelle mani del venditore primitivo.

804. Ciò stabilito, vediamo se l'azione di rescissione possa venire intentata *omisso medio* contro il terzo detentore, e qual sia il tribunale competente per conoscere di cotest'azione.

Intorno alla prima quistione, Caronda, che ho citato al n. 801, si spiega positivamente; vuole che sia permesso volgersi direttamente al terzo detentore, che ha regresso contro il suo venditore. Tale sembra essere pure il parere di Ferrières (4).

Molinèo dice con autorità maggiore: « Adverte tamen quod hæc actio « ad redimendum, *sicut et actio re-* « *scindens*, secundum rationabiles u- « sus nostros, est in rem scripta; et « sic tertius singularis possessor po- « test RECTA *conveniri* (5). »

Sotto il Codice civile, la quistione è combattuta fra gli autori.

Carrè vuole che il terzo detentore non possa venir citato, se una sentenza passata in forza di cosa giudicata non abbia annullato contradittoriamente coll'acquirente l'atto di vendita, ed investito il venditore della proprietà che aveva perduta (6).

Poncet opina al contrario che il terzo detentore possa venir citato direttamente (7). La pratica delle azioni, egli dice, non deve soffrire tante sottigliezze, e si può facilmente fingere che sia già proprietario colui che è in procinto di esser dichiarato tale.

Le gravi autorità di cui può farsi scudo l'opinione di quest'ultimo autore (8), non m'impediscono scorgervi delle gravi difficoltà.

L'azione in restituzione della cosa esige come preliminare indispensabile la rescissione del contratto (9). Ora, quel che io non concepisco si è, che si possa chiedere l'annullazione di un

(1) Ubèro (*De in integ. rest.*, n. 4).
(2) Ferrières (Dict. de Pratique, v° *Rescindant*).
(3) Sul carattere di cotest'azione (*supra*, n. 624).
(4) V° *Rescindant*, Dict. de Pratique.
(5) *Tract. contract. usur.*, q. 61, n. 409.
(6) *De la Compét.*, t. 1, p. 515.
(7) *Des actions*, p. 173.
(8) Ma egli non le cita.
(9) V. il numero precedente, e *supra*, n. 624 e seg.

contratto contro il successore a titolo singolare che non vi ha figurato. Il rescindente è puramente personale (1). Esso vuolsi dirigere contro colui con cui abbiamo contrattato, che è il solo obbligato personale, anzichè contro un terzo che è obbligato soltanto a cagione della cosa. La rescissione è basata sopra una presunzione di errore, o sopra de'fatti personali al compratore. Quale sarebbe la qualità del terzo detentore per rispondervi? È regola proclamata da Cujacio, che, *emptor non succedit in vitia venditoris* (2), e questa regola è conforme alla logica, giusta la quale il compratore, nulla avendo che fare nel dolo del suo venditore, dee rimanere fuori dell'azione fondata su tal fatto, salva la vigilanza necessaria a conservare i suoi dritti. Egli ignora le circostanze del contratto, non ha in mano i mezzi che possono permettere di spiegarle. Forse il prezzo segnato nel contratto fu simulato ad arte per evitare i dritti di registro. Forse havvi una controlettera provante che il venditore il quale oggi si lagna ha ricevuto un giusto prezzo!!! Forse vi fu una transazione intervenuta dopo il contratto primitivo, e che ha sanato il vizio di lesione. Invano si dice che nel caso di rescissione, la nullità del contratto è apparente, manifesta agli occhi dei terzi; che riposa su ciò che i dottori chiamavano *dolus re ipsa*, vale a dire sopra un dolo, una lesione la di cui prova resulta dalla inspezione medesima della cosa, confrontando questa cosa col prezzo (3); che havvi il fondo da un lato ed il prezzo dall'altro; che basta paragonare e giudicare; che l'acquirente primitivo non ha bisogno di esser presente a cotesta operazione, la quale non è basata sopra fatti che gli sieno personali e di cui egli solo possa discutere il merito; che la inferiorità del prezzo è una circostanza chiarissima che decide il tutto, e che, quando sia stabilita contro il terzo detentore, impedisce che vi sia stata alienazione effettiva fin dalla origine, ed autorizza la rivendicazione!! Tutte queste ragioni sono incomplete; esse non fanno al caso. L'interesse del compratore primitivo in una tale contesa è cosa oltre ogni dire manifesta.

Ci si opporrà forse che spetta al terzo detentore citato direttamente a chiamarlo in causa, onde intervenga a difendere i suoi dritti? Ma non è cosa più logica che il venditore originario incominci dal dirigere la sua azione contro di lui, poichè egli è l'obbligato personale, e può solo rispondere alla domanda? Non bisogna dimenticare che il venditore originario ha contro di lui un titolo che gli toglie la qualità di proprietario, che la presunzione è dovuta al titolo, e che, finchè non sia rescisso, non è ammesso a intentare la sua azione reale. Col farne di balzo un proprietario presunto, secondo che lo vorrebbe Poncet, si verrebbe, a senno mio, ad estendere stranamente la libertà delle congetture, e decidere anticipatamente e senza prova ciò che appunto è in quistione. Non bisogna incominciare da dove si deve finire.

Nè si parli, con Caronda, della utilità di evitare le spese, e gli avvolgimenti di azioni, e di non fare due

(1) Bacquet (*Droits de justice*, cap. 8, n. 29), e *supra*, n. 801.

(2) Sulla l. 54, Dig. *De regul. juris*.

(3) V. nelle discussioni del consiglio di stato, la definizione data da Portalis del *Dolus re ipsa*. (Fenet, t. 14, p. 41).

cause in cambio di una. Rispondo a questa obbiezione facendo osservare che, nel mio sistema, come nel suo, è egualmente possibile ridurre le cose a un solo ed unico dibattimento. Il venditore che si crederà leso, citerà nella stessa istanza e dinanzi al medesimo tribunale il compratore in prim'ordine, e il terzo detentore in second'ordine, per far dichiarare la rescissione e lo spogliamento del possesso colla medesima sentenza che sarà comune ai due contraddittori. Così arriviamo a un resultato egualmente pronto. Ma quello che propongo è, secondo me, più razionale (1).

805. Ma qual sarà il tribunale competente per conoscere della lesione?

Se l'azione in rescissione viene intentata contro il terzo possessore solo, siccome è puramente reale (2), dev'essere presentata al tribunale della situazione dei beni.

Ma s'è intentata contro il compratore primitivo, la difficoltà è maggiore.

Ferières (3) insegna che quando il rescindente e il rescissorio erano riuniti (e lo erano sempre quando il compratore fosse rimasto in possesso), era in arbitrio dello impetrante il fare indirizzare il rescritto al giudice del domicilio del contraddittore, o al giudice della situazione dei beni in quistione. Questa procedura dei pratici francesi è affermata pure da Voët (4).

La corte di cassazione l'ha mantenuta con due decisioni del 5 Novembre 1806 e 13 Febbrajo 1832 (5), basandosi sulla ragione che l'azione in rescissione è mista. È certo che cotesta qualificazione predomina nell'uso (6), talmente che più autori neppure cercano di contrastarla (7).

806. Cionnondimeno, onde porre questo punto di dritto in tutta la sua luce, debbo far conoscere le autorità e le dottrine che si possono opporre alla comune opinione.

La l. 2, al C., *Ubi et apud quem cognitio in integrum*, decide che la restituzione in intiero vuolsi domandare dinanzi al giudice del domicilio del contraddittore. « Ejus adire te provin« ciæ præsidem, in qua domicilium « habent quos convenis. »

E sul motivo di questo rescritto degl'imperatori Diocleziano e Massimiano, il presidente Fabro dice (8):

« Quæstionem in integrum restitu« tionis ibi agitandam esse constat, « ubi domicilium habet is contra quem « restitutio postulatur, ex lege 2, C., « *Ubi et apud quem*, ubi nostri notant, « eum qui agit ad distractum perinde « sequi debere forum rei, ac si ageret « ex contractu. Eadem enim ratio esse « solet contractus et distractus (9). « Personales enim sunt omnes in in« tegrum restitutiones, ut cum nos« tris loquar, aut potius actiones quæ « pro restitutione competunt, tametsi « ex iis quædam in rem quoque scri« ptæ sunt. »

Bacquet porta la stessa opinione; egli vuole che le azioni rescissorie si presentino dinanzi al giudice del do-

(1) V. *supra*, n. 634. Io spiego, n. 673, perchè dinanzi allo stesso tribunale.

(2) *Supra*, n. 627 e 630.

(3) Dict. de Pratique, v° *Rescindant*.

(4) *De in integ. restit.*, n. 7. Egli cita Rebuffo e Papon.

(5) Répert., *Rescision*, p. 699. Dalloz, *Action*, p. 227. Dal., 33, 1, 101.

(6) V. una decisione conforme della corte di Parigi del 13 Marzo 1817 (Dal., *loc. cit.* p. 228).

(7) Merlin, v° *Rescision*, *loc. cit.* Duranton, t. 16, n. 452. Ubèro, lib. 4, t. 1, n. 6. Covarruvia, 1, varior., résol. 4, n. 1.

(8) Cod. lib. 2, t. 31, def. 1.

(9) L. 13, § *Præterea*, D. *De acq. possess.* L. 11, § *Is qui vind.* Dig. *De act. empt.*

micilio del contradittore, perchè, quantunque miste, e *in rem scriptæ*, la personalità attrae a sè la realtà come più nobile e più eccellente. *Quia actio personalis est reali dignior* (1).

L'autore del supplimento alle opere di Henrys dice in oltre: « Cotesta « restituzione vuolsi domandare di« nanzi al giudice del domicilio e non « dinanzi al giudice del luogo in cui « la cosa è situata (2). »

È vero che coteste autorità non si considerano da coloro che rigettano la doppia giurisdizione del domicilio e del territorio, perchè l'art. 59 del Codice di procedura civile la consacra espressamente per le azioni miste o *in rem scriptæ* (3), e che oggi non è più permesso di sostenere che il carattere personale dell'azione deve trionfare del suo carattere reale (4). Tutti e due parvero al legislatore egualmente degni di considerazione.

Ma, obbligati a cedere su questo punto, coloro di cui espongo l'opinione si limitano a sostenere che l'azione di rescissione contro il compratore sia semplicemente personale. La conclusione principale di quest'azione è l'annullamento del contratto, la rottura del legame convenzionale (5). Ciò è quello che imprime ad un'azione il suggello della personalità. Quanto alla restituzione della cosa, o in altri termini, al *rescissorio*, essa è soltanto *in executione* (6), ed abbiamo veduto sopra, in un testo delle Istituzioui (n. 626), che cotesta circostanza non deve cambiare in nulla la natura dell'azione.

E però, si prusegue a dire, aveva molta ragione l'artic. 8 dello statuto di Brettagua che dichiarava espressamente: « Qualunque persona verrà ci« tata davanti al giudice del suo do« micilio per motivo di rescissione di « contratti. » Quest'articolo ripete la disposizione della legge Romana.

Viene obbiettato che un gran numero di autori, e lo stesso Pothier (7), hanno detto che l'azione rescissoria è mista, poichè è *in rem scripta*, e che così la sola legge da consultarsi è l'art. 59 del Cod. di procedura civile.

Ma questo mi sembra un abusare delle parole.

Pothier ha avuto cura di spiegare che le azioni *in rem scriptæ* non sono miste nel senso delle azioni di confine e di divisione (8). Egli nun cessa di ripetere che, principalmente, e per loro natura, esse sono personali; e ciò decide la quistione, e dimostra che la parola *miste*, applicata alle azioni *in rem scriptæ*, non è esatta, e prova solamente la povertà della lingua.

Infatti perchè un'azione sia mista, bisogna che i due caratteri di personalità e di realtà vi sieno chiaramente ed inseparabilmente uniti; bisogna che vi sia accessione delle due nature, talmentechè l'azione non possa entrare in esercizio senza presentarsi col loro accompagnamento indissolubile. Ciò avviene nell'azione di confine e nelle azioni *communi dividundo*

(1) *Droits de justice*, c. 8, n. 29.

(2) T. 4, p. 624, n. 4.

(3) *Supra*, n. 624 e seg.

(4) Dispotavane moltissimo su ciò nell'antichissima giurisprudenza (Fechinee, Caot., lib. XI, c. 63), a cagione del conflitto tra i tribunali ecclesiastici, cui si riferivano le cause personali de' cherici, e i tribunali laici, cui si riferivano le loro cause reali. Finalmente, le cause miste erano state attribuite, a cagione della loro realtà, ai tribunali laici (Tirequello, *De retract. gentil.*, § 8, glos. 3, n. 16).

(5) E ciò si chiamava un tempo *il rescindente*.

(6) *Supra*, n. 802 e 626.

(7) V. quelli da me citati *supra*, n. 624.

(8) Sopra Orléans, Introd. gener., n. 122.

et familiæ erciscundæ (1). Ecco il perchè a quelle sole limitava Giustiniano la denominazione di *azioni miste* (2).

Ma accade poi lo stesso nelle azioni *in rem scriptæ?* No certamente. Se i due caratteri vi si trovano, vi stanno separati. Vi sono soprapposti, ma non mescolati e confusi. Vi stanno riservati per casi differenti; per modo che se l'azione *in rem scripta* è mista nello stato di riposo, cessa di esserlo quando entra in esercizio; essa si decide per la realtà o per la personalità; per la realtà pura se segue un terzo detentore; per la personalità pura se viene diretta contro l'obbligato personale. Essa si manifesta allora in modo non equivoco, e una delle due nature cede il luogo all'altra (3).

807. Tutta questa argomentazione, comunque speciosa, non regge ad un attento esame. Non ripeteremo le ragioni esposte sopra per dimostrare che l'azione è mista nel senso dell'art. 59 del Codice di procedura civile (4). Queste sono precisamente le ragioni medesime che devono far decidere che l'azione in rescissione per causa di lesione è della stessa natura; basterà ponderare attentamente ciò che abbiamo detto ai n. 801 e 802 sull'accumulanza del rescindente e del rescissorio, per iscorgere che un carattere di personalità trovasi intimamente unito nella medesima azione ad un carattere di realtà; che se il rescindente introduce il dibattimento sopra una domanda personale, il rescissorio che lo termina, lo volge sopra una domanda in rivendicazione, che è tutta reale, e sulla quale il giudice statuisce con una sola e medesima decisione. Se non havvi in ciò miscuglio di realtà e di personalità, è inutile andarlo a cercare altrove.

Quanto al § delle Ist. *De act.*, esso non è applicabile, se non quando si domanda l'esecuzione di un'obbligo il quale costringa a dare una cosa che ancora non possediamo, come quando io vi domando di rilasciarmi un immobile che avete promesso vendermi a S. Giovanni. La promessa di vendita non mi ha reso proprietario (5); e facendo istanza contro voi, agisco in virtù di un contratto che vi obbliga personalmente a consegnarmi la cosa. Questa è una pura azione personale, un'azione che nulla ha di reale, e ch'io posso intentare contro di voi, ma non contro i terzi cui poteste aver venduto l'immobile.

Ma se vi domando una cosa in virtù del dritto di proprietà che posa sopra una testa, come quando, in conseguenza della rescissione del contratto di vendita passato fra noi, vi domando l'abbandono, questo scopo della mia domanda è reale; esso riposa, non sopra un *jus ad rem*, ma sul *jus in re*, reintegrato in me per effetto della rescissione che m'ha investito di nuovo e di pieno dritto della proprietà.

808. L'azione in rescissione per lesione è immobiliare; imperocchè

(1) V. la definizione che ne dà Pothier, *loc. cit.*, n. 121.

(2) Inst. *De act.*, n. 20.

(3) È dottrina di Berriat (*Procédure civile*, t. 1, p. 101). È quella che Poncet adotta sussidiariamente pel caso in cui non gli si volesse concedere che l'azione è sempre pura personale o contro il terzo detentore, o contro il compratore diretto. Finalmente, anche Carré vuole che sia personale contro quest'ultimo, ma mista contro i terzi detentori (*Compét.*, t. 1, p. 470, e 478, e 510 e 513 e seg.).

(4) *Supra*, n. 624 e seg.

(5) *Supra*, n. 130.

tende a far dichiarare l'annullamento del contratto, onde ottenere la restituzione del fondo venduto. È nota infatti la famosa definizione di Molinèo: *actio immobilis est ea quæ tendit ad immobile.*

Non è dunque senza stupore che trovo due decisioni di rigetto della corte di cassazione, 13 Pratile anno XII, e 14 Maggio 1806 (1), che statuiscono cotest'azione essere puramente mobiliare. È erroneo il dire con cotesta corte che il fine essenziale di un'azione simile sia il supplimento del giusto prezzo. Molinèo insegna il contrario; e stupisco che la sua autorità, tanto imponente, non fosse seguita dalla corte di cassazione. *Sola rescissio et restitutio est in obligatione; suppletio autem pretii in facultate*, QUÆ NON EST IN CONSIDERATIONE (2).

809. Vedremo negli articoli seguenti quali motivi d'inammissibilità possono valere contro l'azione in rescissione (art. 1676); se tale eccezione è divisibile in modo attivo e passivo (art. 1605); come si dimostri la lesione (art. 1677 e seg.); quali basi sono ammesse per la stima (art. 1675); quali sono gli effetti della rescissione (art. 1682); se il compratore possa domandarla (art. 1683); se ha luogo nelle vendite pubbliche (art. 1684).

ARTICOLO 1675.

Per conoscere se vi è lesione oltre i sette duodecimi, si deve stimar l'immobile secondo il suo stato e valore al tempo della vendita (3).

SOMMARIO.

810. Stime dell'immobile per riconoscere la lesione.
811. Bisogna prendere l'immobile nello stato in cui trovavasi all'epoca della vendita.
812. Bisogna prendere un prezzo comune. Regola da osservarsi dai periti.
813. Della prova resultante dei titoli. Esagerazione di una opinione del presidente Fabro.
814. A che vuolsi dare la preferenza per determinare il prezzo, a una vendita per aggiudicazione o a una vendita privata?
815. Bisogna tener conto dei risici che il compratore ha assunti a suo carico, e che produssero una diminuzione di prezzo.
816. Bisogna dedurre le spese che dopo l'acquisto hanno migliorata la cosa tra le mani del compratore. Non bisogna valutare nè il tesoro scoperto in seguito, nè l'alluvione. *Quid*, dei frutti pendenti all'epoca della vendita?
817. *Quid*, del rischio di una recupera?

COMENTO.

810. L'art. 1675 fa capire che l'immobile deve stimarsi per sapere se vi è lesione di oltre i sette duodecimi. Vedremo appresso da chi debba farsi questa stima. Occupiamoci adesso delle basi della operazione.

811. In primo luogo bisogna stimare l'immobile secondo il suo stato e il suo valore all'epoca della vendita, e non secondo il suo stato attuale. Per la ragione che non si potrebbe dire esservi stata lesione, se all'epoca

(1) Dalloz, *Action*, p. 218.

(2) Sopra Parigi, § 33, glos. 1, n. 44. V. anche Pothier, n. 349. Questo principio è fondamentale. *Infra*, n. 825, 837 e 840.

(3) V. l'art. 890 del Codice civile, che contiene una disposizione analoga.

della vendita la cosa valeva il prezzo per cui fu venduta, e se il rabbassamento è sopravvenuto soltanto *ex post facto*. Questa regola non incontrava veruna difficoltà nell'antica giurisprudenza (1). *Venditionis tempus præcise inspiciendum est*, diceva il presidente Fabro (2). Il Cod. civile non si poteva dispensare dall'adottarla.

812. La stima, riferendosi all'epoca del contratto, si dee regolare sulla opinione comune, anzichè sopra affetti privati e idee individuali (3). « Pretia rerum non ex affectu nec uti- « litate singulorum, sed communiter « funguntur (4). »

Essa vuolsi determinare considerata la diversità dei tempi e dei luoghi (5). E non si deve prender per norma un aumento di prezzo straordinario e momentaneo (6).

Non bisogna che i periti si limitino a dire che adesso la cosa vale tanto, e che essendo all'epoca del contratto buona egualmente, non doveva valer meno. Questo modo di procedere per congettura non meriterebbe fede presso il giudice; imperocchè quantunque la bontà non sia diversa, il valore può esser cambiato (7).

813. Per lo più il paragone dei diversi titoli di vendita non è di per sè solo base sufficiente di valutazione (8). Le mutazioni subite dal prezzo della cosa possono essere state determinate dall'affetto di compratori che abbiano voluto fare un sacrifizio. Bisogna paragonare il prezzo con quelli degl' immobili vicini, per giungere alla cognizione del prezzo comune; bisogna considerare gli affitti e le divisioni di famiglia (9). Ma credo che il presidente Fabro abbia oltrepassato il segno, escludendo affatto la prova litterale, col pretesto che i contratti non provano la comune opinione, ma indicano soltanto opinioni isolate e forse dei prezzi esegerati in conseguenza dell' affezione del compratore. « Hæc verior ratio propter quam læsio « NON BENE POTEST *probari* PER INSTRU- « MENTA, quia sunt singulorum (10). »

È chiaro che le divisioni di fami- non sono sospette di condescenza e di finzione nel prezzo. L' eguaglianza che ne forma la base fa ricercarvi accuratamente l' esatto valore della cosa. Gli affitti meritano la stessa fede; essi escludono ogni presunzione di valutazione arbitraria, e, quantunque sieno testimonj muti, formano un punto di paragone quasi certo (11).

814. Se si presentano ai periti due atti di mutazione della cosa, essendo l'uno un' aggiudicazione pubblica con un prezzo tenue, e l'altro una vendita privata con un prezzo più alto, a quale dei due spetterà la preferenza onde serva di riscontro al prezzo che verrà dichiarato comune?

Il presidente Fabro esamina la quistione, e riferisce una decisione del senato di Chambéry del 1593, nella quale fu detto che la vendita pubblica meritava più fede dell'altra (12). Infatti, una vendita pubblica non è mai

(1) Despeisses, t. 1, p. 19, *decimo*. Pothier, n. 345.
(2) Cod., lib. 4, t. 30, def. 19. V. anche def. 2, Bretonnier, sopra Henrys, t. 4, p. 220, n. 50.
(3) Fabro, *loc. cit.*
(4) L. 33, Dig. *Ad leg. Aquil.*
(5) L. 63, § *ultimo*, Dig. *Ad leg. falcid.*
(6) *Idem*, Despeisses, *loc. cit.*
(7) Fabro, *loc. cit. Infra*, n. 831.
(8) V. l. 4, C. *De rescind. vend.* Pothier, n. 346.
(9) *Infra*, n. 831 e 835.
(10) *Loc. cit.*, def. 2, nota 6.
(11) V. *infra*, n. 831, l' opinione di Cambacérès, direttamente contrarie e quelle di Fabro.
(12) Lib. 4, t. 30, def. 19

impugnabile per lesione; una vendita privata può esprimere un prezzo sospetto di esagerazione.

815. Per conseguire la giusta stima del valore della cosa, basata sul prezzo comune, bisognerà considerare tutte le circostanze che possono minorare l'importanza ed il provento della cosa. Così, se il compratore ha assunto tutti i pericoli della evizione, al cospetto di numerose ipoteche o di pretensioni affacciate da dei terzi sulla proprietà, bisognerà prendere in considerazione la diminuzione di utili che ne risulta pel compratore dal sacrifizio ch'egli ha fatto del suo dritto alla garanzia e a una tradizione piena e libera della cosa (1). Ma bisognerà avvertire di non lasciarsi ingannare da una clausola di acquisto *a suo rischio e pericolo*, inserita fraudolentemente nel contratto per indurre il timore di pericoli immaginarj; il giudice dovrà assicurarsi se le cause di evizione erano reali.

816. Poichè la stima si deve regolare sullo stato della cosa all' epoca del contratto, ne segue che bisogna ricercarne il valore, dedotte le spese con le quali il compratore l'ha migliorata dacchè n'ebbe il godimento (2).

Non si conterà neppure il tesoro scoperto dal compratore dopo il contratto. Esso è una fortuna non preveduta che il venditore non può invidiare a colui, che avendo assunto i risici della cosa, deve profittare dei vantaggi della medesima (3).

Dicasi lo stesso riguardo a una miniera (4) o ad un'alluvione.

Ma dovremo noi considerare i frutti pendenti all'epoca della vendita? Dovremo noi stimarli col fondo e come un accessorio necessario della cosa?

Una decisione della corte di cassazione del 15 Dicembre 1830, che annullò un giudicato della corte di Limoges, decide che i frutti pendenti sulla pianta, essendo immobili, debbono stimarsi, onde ne venga aggiunto il prezzo al valore della cosa (5).

Ecco la specie di quel giudicato. Trattavasi di una vendita anteriore al Codice civile. Damazat aveva venduto nel 1780, per il prezzo di 8,500 fr., due poderi *coi raccolti che ne dipendevano*. I periti stimarono quei due immobili, valore nel 1780, e dedotte le spese fatte pei miglioramenti, nella somma di 15,645 fr.; i frutti furono stimati 800 fr. circa. Totale del valore, 16,445 fr.; e siccome il prezzo fu statuito in 8,500 fr., è chiaro che non esisteva lesione di oltre la metà.

Ma la corte di Limoges, considerando i frutti come una vendita separata, dedusse 800 franchi sul prezzo, e calcolò come se fosse soltanto di 7,700 franchi.

Questa decisione non poteva sostenersi; snaturava le clausole del contratto per giungere alla prova della lesione. Trasformava in cosa mobiliare i frutti pendenti venduti col fondo mediante un patto espresso; separava ciò che la vendita aveva unito.

Ma dovremmo decidere egualmente qualora la vendita non si spiegasse intorno ai frutti?

Io non credo. Generalmente i frutti pendenti si compensano cogl'interessi del prezzo. Gl' interessi pagano i

(1) Febro, lib. 4. l. 30, def. 18 e 20. Pothier, n. 346. *Supra*, e. 790.

(2) Fabro, def. 15. Despeisses, p. 17, *nono*.

(3) Fachin., lib. 2, t. 20. Bretoneier, sopre Henrys, t. 4, p. 220, e. 50. Despeisses, *Loc. cit.* Pothier, n. 316.

(4) Pothier, *idem*.

(5) Del., 31, 1, 24.

frutti (1); ciò ha luogo il più delle volte, e tanto meno vuolsene dubitare adesso che il Codice lascia al compratore tutti i frutti fuor di quelli scaduti dopo la domanda (2). Ora se i frutti fossero stati pagati col capitale, il Codice non avrebbe tralasciato di ordinarne la restituzione, in cambio della restituzione del prezzo.

817. Si domanda se, per valutare la lesione, bisogna aggiungere al prezzo convenuto il valore del rischio di una recupera, che il compratore ha promesso soffrire.

Fabro presenta cotesta quistione, e la risolve nel modo che segue (3):

« Vendita re sub pacto de retro- « vendendo, si venditor dicat se im- « modice læsum, non aliter læsio per « testes probata videri potest, quam « si testificentur de communi æstima- « tione, subducto eo quanti minoris « res est, propter pactum illud de re- « trovendendo, quod utique pars pre- « tii est. Sed tamen magis est, ut si « de ea testificentur æstimatione, quæ « tanta sit ut appareat, etiam subdu- « cto pretio pacti de retrovendendo, « adhuc immodicam læsionem inter- « venisse, non eo minus pro vendi- « tore pronuntiari oporteat. Est enim « ea res juris magis quam facti, et « plerosque latet etiam perspicaces « viror, quanti æstimandum sit onus « talis pacti, cum de eo ipsi quoque in- « terpretes dubitent; quanquam ma- « gis communiter, nec sine ratione, « receptum videtur, ut res quæ alio- « qui digna esset centum aureis, non « æstimetur nisi septuaginta, si ejus- « modi pacto vendita sit (4); nimi- « rum, si pactum de retrovendendo « fuit liberum et perpetuum. Nam quo « brevius est, eo certe minoris est, « et consequenter tanto minus pre- « tium diminuit, licet non desint qui « hanc temporum distinctionem non « probent. »

Così, secondo Fabro, il patto di recupera diminuisce pel compratore il prezzo della cosa. Bisogna dunque stimarlo e tenerne conto. Ma quanto più sarà breve il tempo della recupera, tanto minore dovrà essere la stima di quell'onere. Anche Despeisses pensa così (5).

Ma Pothier opina diversamente, e ne dà una ragione plausibilissima, che quando, cioè, il prezzo è inferiore alla metà (oggi ai sette duodecimi), l'onere della recupera non produce effetto, e quindi non ha valore, poichè il venditore, quando anche il medesimo non fosse stato aggiunto, non perciò avrebbe avuto meno il dritto di rientrare nel suo fondo, non già in forza dell'azione di recupera, ma per l'azione rescissoria (n. 347).

(1) *Supra*, n. 769.
(2) *Infra*, n. 842.
(3) *Loc. cit.*, def. 37.
(4) V., per esempio, Tiraq., Præfat., n. 20 e 25.
(5) T. 1, p. 19 *sesto*.

ARTICOLO 1676.

La domanda non è più ammissibile spirati due anni, da computarsi dal giorno della vendita.

Questa dilazione decorre contro le donne maritate, e contro gli assenti, gl' interdetti, ed i minori aventi causa da un venditore di maggiore età.

La stessa dilazione decorre e non si sospende durante il tempo stipulato per il retratto.

SOMMARIO.

818. Del tempo dell'azione di rescissione per lesione. 1° *motivo d' inammissibilità.*
819. Antica giurisprudenza. Essa esigeva dieci anni.
820. Perchè il Codice l' abbia limitata a due anni. Opinione di coloro che domandavano un anno. Risposta del primo console.
821. La prescrizione di due anni decorre contro le persone privilegiate.
822. Essa decorre dalla data del contratto.
823. *Quid*, se havvi vendita con atto privato seguita da vendita autentica o da promessa di vendita?
824. È accaduto qualche volta che, quando il termine della prescrizione era trascorso, i compratori si sono immaginati di poter sostenere che la vendita era nulla per mancanza di un prezzo vero. Queste arti sono da condannarsi.
825. 2° *motivo d' inammissibilità.* Perdita della cosa venduta.
826. Eccezione quando il compratore ha rivenduto la cosa per un prezzo più considerevole. Del resto, l' azione ha luogo se la cosa è perita per colpa del compratore.
827. Il creditore ipotecario che non ha fatto offerta maggiore, può ciononondimeno provvedersi in via di rescissione.

COMENTO.

818. L'art. 1676 regola un punto importantissimo in materia di rescissione. Ed è il tempo durante il quale l'azione è ammissibile. Sappiamo bene quanti e quali interessi vadano congiunti alla quistione di prescrizione. La sua gravità la rese oggetto delle più serie meditazioni nel consiglio di stato.

819. Nell' antica giurisprudenza l' azione di rescissione si doveva intentare ne' dieci anni, contando dalla data del contratto (1), e la prescrizione non decorreva durante la minorità dell' erede del venditore (2), nè durante il tempo accordato al venditore per esercitare il retratto convenzionale (3).

820. Il progetto del Codice civile intese a correggere questo stato di cose che involgeva la proprietà in un' incertezza dannosa, e fu proposto un progetto di articolo assolutamente conforme all'art. 1676.

Quella parte del consiglio che combattè la rescissione, pensò fosse troppa indulgenza l'accordare un trascorrimento di tempo di due anni.

« Mentre i creditori hanno soltan-
« to due mesi, diceva Crétet (4), per
« accertarsi se la vendita del loro pe-

(1) Despeisses, t. 1, pag. 20, *decimo tertio*. Pothier, n. 348. Accursio voleva che durasse trent'anni (ad leg. 2, C. *De rescind. vendit.*). Ma in Francia, tutte le azioni rescissorie per cui erano necessarj i rescritti di cancelleria non duravano più che dieci anni. Bretonnier, sopra Henrys, t. 4, p. 219, n. 42, ha citate tutte le autorità in favore dei trent'anni, e quelle che si erano dichiarate a favore dei dieci anni.

(2) Pothier, *loc. cit.*

(3) Despeisses, *loc. cit.*

(4) Fenet, t. 14, p. 65.

« gno reca ad essi danno, e per fare « una maggiore offerta (1), perchè « accordare due anni ad un venditore? Sei mesi dovrebbero bastargli. « Ma per non esser troppo severi si « può concedere un anno. »

Jollivet, Bérenger, Berlier, Defermon, sostennero cotesta modificazione. Ma Portalis, Tronchet, Cambacérès ed il primo console la fecero rigettare.

Il primo console diceva: « Non bi- « sogna dimenticare che ristabilendo « l'azione di rescissione, si ebbe prin- « cipalmente in animo di prevenire la « lesione. Più che verranno moltipli- « cate le circostanze sfavorevoli con- « tro colui che osasse tentarla, me- « glio e più sicuramente se ne conse- « guirà l'intento; al contrario fallirà, « se il principio della lesione viene or- « ganizzato in modo che, nell'appli- « cazione, esso divenga illusorio.

« Il console desidererebbe che il « termine potesse essere di quattro « anni. E neppure i dieci anni gli sem- « brerebbero troppo lunghi. Ma dac- « chè la maggiorità fu stabilita a ven- « tun'anno, e la legge non si deve con- « traddire, facciamo almeno che il « termine sia di due anni (2). »

L'articolo fu adottato.

821. Il termine della rescissione è dunque oggi stabilito a due anni, e questo termine decorre contro tutte le persone privilegiate, come sono le donne, gli assenti, etc.

Decorre contro l'erede minore del venditore.

Decorre nel termine del retratto.

Così vediamo che il legislatore volle adottare tutti i provvedimenti che tendono a consolidare la proprietà senza esporre i dritti del venditore.

822. Il termine decorre dal giorno della vendita.

Questo giorno non si conta nel calcolo dei due anni, giusta la massima *dies a quo non computatur in termino* (3), e l'ultimo giorno dei due anni è utile per intentare l'azione.

823. Se la vendita vien fatta con atto privato, venendo quindi rivestita della forma autentica, i due anni decorrono dalla data della prima vendita, che è valida di per sè, e riunisce tutti i caratteri che rendono perfetta una vendita.

Avverrebbe lo stesso nel caso che vi fosse una sola promessa reciproca di vendita. Imperocchè la promessa di vendita equivale a vendita, e costituisce il venditore in mora di agire (4).

824. È accaduto qualche volta che i venditori, avendo ritardato ad intentare la loro azione, ed avendo quindi perduto il benefizio della rescissione, hanno avuto il pensiero di assomigliare la tenuità del prezzo alla mancanza di prezzo, e impugnare la vendita come mancante di una delle sue tre condizioni. Si sono veduti dei tribunali ammettere cotesto sutterfugio. Ma egli è una violazione dell'art. 1676, ed un rovesciamento di tutto il sistema consacrato dal legislatore per ristringere in giusti confini il dritto di rescissione. Come io lo diceva altrove, un prezzo tenue è pur sempre un prezzo vero (5). Non bisogna che il favore che inspira il venditore, autorizzi l'in-

(1) Secondo il Codice civile questa dilazione è di soli quaranta giorni.

(2) Fenet, p. 69.

(3) Ho chiarita queste massima nel mio Com. sulle Ipot., n. 293.

(4) Decisione della Corte di cassazione del 2 Maggio 1827 (Dal., 27, 1, 226). *Supra*, n. 131, e la nota.

(5) N. 149 e seg.

ganno a soccorrerlo, e susciti intorno alla proprietà de'dubbj pregiudicevoli all'agricoltura ed al commercio.

825. Abbiamo parlato adesso del motivo d'inammissibilità che la prescrizione di due anni promuove contro il reclamo del venditore. È il solo di cui si occupa il nostro articolo. Ma mi valgo della circostanza per parlare di un altro ostacolo che la domanda del venditore può incontrare.

È possibile che la cosa venduta per un prezzo lesivo sia perita intieramente senza colpa del compratore. Per esempio, un prato situato sulla sponda di un fiume devastatore sparisce sotto le acque. Non v'ha dubbio; questo evento di forza maggiore lascia il venditore privo di azione.

Qual'è infatti lo scopo dell'azione di rescissione? Non è quello, siccome lo diceva la corte di cassazione in un giudicato che abbiamo criticato altrove (1), di ottenere un supplimento di prezzo, una somma di danaro. La conclusione vera della rescissione è l'annullazione della vendita e la restituzione della cosa. Il supplimento di prezzo è pel compratore una semplice facoltà, *facultas luitionis, non obligatio.* Or bene, l'obbligazione del compratore essendo limitata alla restituzione della cosa, ne segue che la perdita di quella cosa ha liberato il compratore (2), ed il venditore trovasi quindi privo d'interesse e d'azione. Questa opinione è basata sopra i principj più certi. Essa è insegnata da Accursio, Bartolo, Covarruvia, Fachinéo (3) e Pothier (n. 349). Ciondimeno essa ha avuto dei contraddittori, che furono mossi dal concetto che il supplimento di prezzo sia una obbligazione alternativa del compratore. Ma questo è un errore che si confuta da per sè.

826. Contuttociò la nostra soluzione va soggetta ad una eccezione.

Essa ha luogo quando il compratore ha rivenduta la cosa per un prezzo maggiore di quello ch'egli ha pagato. In tal caso l'interesse del venditore è manifesto. Facendo dichiarare la rescissione, egli fa riconoscere che la cosa gli è sempre appartenuta, che fu alienata dal suo compratore come cosa altrui, e che spetta a lui, venditore originario, di riscuotere un prezzo che non deve avvantaggiare colui che lo ha leso (4).

Del resto, se la cosa è perita per colpa del compratore, l'azione di rescissione non soffre verun impedimento. Imperocchè, secondo i principj in materia di obbligazioni, la colpa del debitore l'obbliga a dare il valore stimato in luogo della cosa ch'egli ha lasciato perdere (5).

827. Ho esaminata, nel mio Comento sulle Ipoteche, la quistione di sapere se i creditori che hanno lasciato decorrere il termine per fare il rincaro, abbiamo talmente ratificata la vendita da non poterla in seguito impugnare per causa di lesione (n. 957 e seg.). La negativa mi è sembrata certa (6), ed ho appoggiato il dritto dei creditori ad esatte autorità ed a ragioni che mi sembrano convincenti. Dobbiamo attenerci tanto più a que-

(1) *Supra*, n. 808.

(2) Pothier, *Oblig.*, n. 244.

(3) Questo autore cita tutte le autorità favorevoli e contrarie (Cont., lib. 2, c. 18).

(4) Fachin. e Pothier, *loc. cit.*

(5) Art. 1302 del Codice civile. Pothier, *Vente*, n. 352.

(6) E così insegna Grenier, nel suo comento sull'art. 7 dell'Editto del 1771, n. 15.

sta soluzione, in quanto che la rinunzia all'azione di rescissione si presume difficilmente, secondo che ho detto sopra (n. 797, 798, 799). Il creditore può non essere in grado di fare un rincaro. Egli forse volle fidarsi nell'azione rescissoria che era aperta a favore del suo debitore. È mai possibile, in un caso simile, ammettere una rinunzia, quando specialmente trattasi di reprimere una frode?

Tanto più vuolsi decidere che il venditore non troverebbe ostacolo nell'esercizio del dritto di rescissione che gli è personale, nella esistenza di una procedura per rincaro seguita dietro istanza di uno dei suoi creditori ipotecarj che, convinto che l'immobile sarebbe stato venduto a prezzo troppo basso, avesse fatto rincaro del decimo. Fu giudicato in questa ipotesi (1) che il venditore ha il dritto di opporsi all'aggiudicazione definitiva e di ottenere un comporto per dare esito alla sua azione in rescissione. Infatti, quest'azione non può nuocere ai creditori: se questa non viene ammessa essi si trovano nella posizione in cui erano prima che fosse formata; se viene ammessa, e se l'acquirente ritiene l'immobile sottoponendosi al pagamento del supplimento, essa aumenta le probabilità di utile collocazione. Inoltre essa ha pel venditore un vantaggio notabile, quello cioè di liberarlo dai regressi cui è soggetto, quando il rincaro conclude ad una evizione del compratore, e quando questi si rende aggiudicatario (Art. 2191 del Cod. civ.).

ARTICOLO 1677.

La prova della lesione non potrà essere ammessa che mediante sentenza, ed in caso soltanto in cui i fatti articolati fossero bastantemente verosimili e gravi per far presumere la lesione.

SOMMARIO.

828. Perchè la prova della lesione si ammetta soltanto in forza di sentenza.
829. Il giudice deve esigere presunzioni gravi e fatti precisi.
830. Se il tribunale possa statuire la rescissione senza ricorrere a una perizia.
831. Seguito.

COMENTO.

828. Ammettendo l'azione rescissoria tra persone maggiori, la legge ha voluto impedirne l'abuso. Il nostro articolo esige un giudizio sul punto di sapere se le circostanze apparenti presentano dubbj bastantemente ragionevoli per indurre i giudici ad esigere maggiori schiarimenti. In questo il legislatore si dimostra tanto rispettoso per la santità dei contratti e per la sicurezza del commercio, che una quistio-

(1) Giudicato di Poitiers 14 Agosto 1833 (Dal., 33, 2, 236, 237).

ne rescissoria vien trattata con la medesima circospezione con cui potrebbe esserlo una quistione di stato (1).

829. Il giudice dunque non dovrà ammettere leggermente il venditore alla prova della lesione. Egli esigerà che si facciano valere delle presunzioni gravi e verisimili, e che s'invochino fatti precisi.

830. Se i fatti non sono concludenti, il giudice ne rigetta la prova.

Se riuniscono le condizioni volute dal nostro articolo, egli autorizza il venditore a provarli.

In tutti i casi, la sua decisione è appellabile.

831. Si domanda se il tribunale di prima istanza possa pronunziare la rescissione quando, prima che sia stata fatta alcuna prova *ad hoc* mediante periti, la lesione gli sembrò evidente.

L'affermativa era certa nell'antica giurisprudenza. Ascoltiamo il presidente Fabro (2): « Cum agitur de « rescindenda venditione ex causa im- « modicæ læsionis, potest esse ne- « cessaria æstimatio, quæ fiat per « probos viros, ab utraque parte eli- « gendos. Sed ita demum si conflictus « aliquis sit et magnus probationum, « ut non facile sciri possit, utrius « partis probationes præponderent. « Cæterum, *si altera pars intentionem « suam sufficienter probaverit, nihil « causæ est cur recurratur ad æstima- « tionem*, ne scilicet supervacua pro- « batione, et supervacuo sumptu one- « retur is qui suam intentionem pla- « ne jam probavit. »

La sezione che preparò il progetto del Codice, aveva inserito un articolo concepito in questi termini (3): « Potranno i giudici cionnondimeno re- « scindere un atto di vendita, senza « bisogno della stima de' periti, quan- « do una lesione sufficiente sarà già « stabilita con prova litterale. »

Questa idea non ebbe oppositori nel consiglio di stato. Al contrario la discussione dimostrò come fosse concètto di tutti.

Così, per esempio, Portalis si espresse nel modo seguente: « D'altronde, il ministero dei periti non è « sempre richiesto; la lesione può ve- « rificarsi anche con le prove littera- « li, mercè le vendite antecedenti, le « divisioni, gli affitti. Qualche volta « basta paragonare il prezzo con quel- « lo delle proprietà vicine (4). »

Cambacérès aggiungeva (5): « Le « disposizioni della sezione che discu- « tiamo si potrebbero ridurre ad un « ordine più naturale.

« Si potrebbe dichiarare in primo « luogo che i giudici dovranno esami- « nare da per sè le circostanze della « causa; e se la lesione sembra loro « evidente, dichiarare la rescissione « senza bisogno del ministero dei pe- « riti. Infatti vi sono dei casi in cui « l'esame dei titoli basta per verifi- « care la lesione, come nel caso in « cui un immobile si vende sei mesi « dopo essere stato stimato in occa- « sione di una divisione.

« Si aggiungerebbe quindi, che, « qualora la lesione non possa verifi- « carsi direttamente dai giudici, essi « ordineranno che l'immobile venga « stimato da' periti.

« Si porrebbero quindi gli articoli « intesi ad organizzare la perizia. »

Così la critica di Cambacérès ca-

(1) Portalis, *Exposé des motifs* (Fenet, t. 14, pag. 144).
(2) Cod., lib. 4, t. 30, def. 33.
(3) Era l'art. 101 (V. Fenet, t. 14, p. 17).
(4) Fenet, *loc. cit.*, p. 50.
(5) *Idem*, p. 72.

deva sopra una mancanza di ordine nelle disposizioni della sezione; ma era ben lungi dal pensare che si dovesse rigettare il potere rimesso alla discrezione del giudice, quando la sua convinzione, formata sugli elementi attuali della causa, rende inutile un interlocutorio e le spese di una perizia.

Il primo console insistè su questa idea di Cambacérès, ed ecco come si espresse (p. 73):

« La legge deve dare ai giudici una « regola per i tre casi seguenti:

« Quello in cui sono convinti che « esiste lesione;

« Quello in cui veggon chiaro che « non esiste;

« Quello in cui credono che il fat- « to dichiarato debba verificarsi dai « periti. »

Queste osservazioni di Cambacérès e del primo console fecero rinviare la materia alla sezione (1); ma la compilazione non fu cambiata. I processi verbali, che così spesso ingannano col loro silenzio inconcepibile, non ne fanno conoscere i motivi. Forse si credè che la critica di Cambacérès era troppo minuta, e che poco importava che il progetto di articolo precedesse o venisse dopo quelli che formano oggi gli art. 1677 e 1678, e che esistevano allora testualmente.

Questo era lo stato delle cose quando il titolo della vendita venne comunicato officiosamente al tribunato; la sezione incaricata di esaminarlo, domandò la soppressione dell' art. 101. « Esso è ineseguibile, diceva essa, e « bisogna attenersi necessariamente « alle disposizioni dell' art. 97 (artic. « 1677). Non basta infatti che i giudici « possano decidere da per sè, stan- « do alle prove litterali, se esiste o no « lesione; ammettendo pure l' affer- « mativa, bisognerebbe inoltre cono- « scere il giusto valore dell' oggetto « venduto, anche al di sopra del li- « mite della lesione, perchè, nel ca- « so in cui l'acquirente volesse valersi « del dritto di ritenere l'oggetto ven- « duto, pagando il supplimento del « giusto prezzo, si conosca a qual som- « ma ammonta quel supplimento. »

Dopo tale osservazione, il progetto di articolo fu soppresso, e più non comparve nella compilazione definitiva.

Risulta forse da ciò, che i giudici non possono dichiarare la rescissione senza perizia? Io non lo credo, ed ecco le mie ragioni.

In primo luogo, non esiste nella sezione *della rescissione* verun articolo proibitivo. L'art. 1677, che sulle prime potrebbe sembrar tale, lo è però così poco, che trovasi collocato quasi accanto a quell'art. 101 soppresso dal tribunato. I termini restrittivi di cui si serve furono usati soltanto ad avvertire il giudice (copio Tronchet) (2) che non deve ammettere la prova della lesione, salvochè quando havvi qualche presunzione che il venditore sia stato leso. Una disposizione concepita in tal modo era necessaria, perchè nell'antica giurisprudenza bastava la domanda in cancelleria (3).

Dubbiamo allontanare l' art. 1678 in forza di osservazioni di simile natura. Esso volle escludere soltanto la prova testimoniale. Ed è sì lontano dal limitare la potestà del giudice, che nel progetto era collocato accanto all' articolo che l' autorizzava espressamente.

E però, nulla trovasi nel testo della legge in opposizione all' intervento

(1) Fenet, *loc. cit.*
(2) *Idem*, p. 72.
(3) *Idem*.

di un'autorità rimessa alla discrezione, che è di tutti i tempi e di tutte le materie, e che può conchiudere la lite senza aggiunta di spese inutili.

Su che cosa è poi basata la soppressione ottenuta dal tribunato? Si è forse cercato di combattere l'opinione di Portalis, di Cambacérès, del primo console, e i monumenti dell'antica giurisprudenza? Si è forse detto, che il potere del giudice poteva generare inconvenienti cui bisognava evitare? No certo. La perizia è sembrata necessaria al tribunato, soltanto pel supplimento di prezzo; esso credè che rendendosi necessaria una perizia per determinare quel supplimento, era lo stesso che ricorrervi prima di dichiarare la lesione. Insomma, il progetto dell'artic. 101 fu soppresso soltanto in vista del supplimento del giusto prezzo, e per riuscire alla sua liquidazione.

Ciò posto, non posso credere che il potere del giudice di dichiarare la lesione dietro prove litterali sia in alcun modo offeso. Per secondare il concetto del tribunato, basterà che abbia sempre luogo una perizia per determinare il supplimento. Nessuno contrasta la necessità di tale operazione.

Ma quando la causa si presenta bastantemente basata sulla lesione, e quando la prova apparisce evidente, perchè volere una perizia preventiva per un supplimento di prezzo, che forse non verrà mai pagato? Perchè privare il venditore del benefizio attuale di un giudizio, che farà cessare i suoi timori? Perchè non dichiarare immantinenti la rescissione, salva la riserva della perizia pel caso in cui l'acquirente preferisse pagare il supplimento? Io non vedo nulla nella legge che osti a simile decisione, e il concetto del tribunato non è tanto preciso da fare ostacolo ad una soluzione che sta nei limiti del dritto comune.

Del resto, la quistione fu decisa in questo senso dalla corte di Limoges il 14 Febbrajo 1827 (1). A dire il vero quel giudicato fu annullato (2); ma per altri motivi, e la corte regolatrice non ha toccato quel mezzo (3).

(1) Dall., 31, 1, 24.
(2) *Loc. cit.*
(3) V. *infra*, n. 835.

ARTICOLO 1678.

Questa prova non potrà farsi che col mezzo di relazione di tre periti, i quali saranno tenuti di stendere un solo processo verbale comune, e di non formare che un solo giudizio a pluralità di voti.

ARTICOLO 1679.

Se vi sono dispareri, il processo verbale ne conterrà i motivi, senza che sia permesso di far conoscere di qual sentimento sia stato ciascun perito.

ARTICOLO 1680.

I tre periti saranno nominati *ex officio*, quando le parti non abbiano convenuto nel nominarli tutti tre unitamente.

SOMMARIO.

832. La prova della lesione si effettua per opera dei periti e non dei testimonj.
833. I periti possono giovarsi della prova litterale.
834. Forme della perizia.
835. Il giudice non è vincolato dalle operazioni dei periti.

COMENTO.

832. La prova della lesione non si può fare coi testimonj; la perizia è la sola prova vera in un caso simile. Essa offre più garanzie di una inquisizione. Per lo più il solo garante della sincerità di un deposto, è la memoria o la buona fede della persona che depone. Un testimone può essere comprato o sedotto. La sua memoria lo può tradire; i fatti sopra i quali comunemente si aggira la testimonianza, sono per lo più fugaci.

I medesimi inconvenienti non tengono dietro alla stima dei periti. I periti sono una specie di magistrati che hanno la pratica delle loro funzioni, e cui torna utile conservare la pubblica fiducia; essi sono obbligati a rendere ragione della decisione loro; se s'ingannano o se vogliono ingannarsi, il loro errore o la frode loro è palese. Dovendo stimare se esista o non esista lesione in un contratto di vendita, hanno sott'occhio l'immobile, oggetto della stima, e possono confrontarlo facilmente col prezzo stipulato nel contratto, e con le circostanze che stabiliscono il giusto prezzo, e che sono garantite dalla opinione comune, sostenuta da tuttociò che i luoghi possono offrire di lume, e d'istruzione. Così parla Portalis (1).

833. Non è proibito ai periti di giovarsi della prova litterale; nè questa prova viene esclusa (2). Si possono presentare affitti, documenti di famiglia, atti ed altri titoli che è soverchio il nominare.

834. Per soccorrere la perizia con tutte le formalità che possono assicurare la giustizia, gli art. 1678, 1679 e 1680, vogliono che vi sieno tre periti onde evitare la scissura; che i tre periti sieno nominati contemporaneamente, e che tutti sieno nominati *ex officio*, o insieme e amichevolmente dalle parti. Essi devono operare insieme. Sono obbligati a formare un solo processo verbale comune, e dare la loro decisione a pluralità di voci. Se vi sono pareri diversi, il processo verbale ne conterrà i motivi senza che sia lecito far conoscere il parere individuale di ciascuno dei periti.

Così i periti vengono sottoposti alle stesse regole e alla stessa segretezza imposta ai giudici (3).

Questa procedura vince in prudenza e in garanzia quella che seguivasi nell'antico sistema. Anticamente le parti nominavano il loro perito (4); nè si nominava il terzo perito fuorchè nel caso di scissura. In questo stato di cose, le parti consideravano ciascuna il loro perito come un difensore condiscendente, anzichè un esti-

(1) *Exposé des motifs* (Fenet, t. 14, p. 143).
(2) Portalis, *loc. cit.*, p. 143.
(3) *Idem*, p. 145.
(4) Tronchet, discussione al consiglio di stato (Fenet, t. 14, p. 16).

matore imparziale. Quando il perito si abbandonava a cotesta illusione, era possibile attendersi una decisione giusta? Quindi ne nasceva la necessità di ricorrere quasi sempre ad un terzo perito. Ma questo terzo perito doveva egli decidere senza far conto del parere degli altri due, o doveva seguire necessariamente il parere dell' uno o dell' altro? Doveva egli determinarsi per la stima più forte o per quella più tenue? Simili quistioni erano abbandonate alla influenza di giurisprudenze incostanti ed incerte. Il Codice operò saviamente togliendo di mezzo tutti cotesti impacci (1).

835. In questa materia, come in ogni altra, il giudice non è vincolato dalle operazioni dei periti (art. 322, 323 Codice di procedura civile). Egli può nominare *ex officio* nuovi periti (2); *può eziandio adoprare qualunque altro mezzo per rintracciare il vero.* Mi valgo qui delle parole di Tronchet (3); esse vengono sostenute da queste espressioni del primo console: « Sonvi moltissimi mezzi per iscuo« prire il vero valore dei beni, *anche « indipendentemente dalle perizie*; si « può ricorrere alle vendite, alle di« visioni, agli affitti e a molte altre « circostanze (4). »

(1) Fauro, oratore del tribun. (Fenet, t. 14, p. 175.

(2) Giudicato delle corte di Nimes del 12 Piovoso anno XIII (Dell., *Vente*, p. 911, 912).

(3) Discussione al consiglio di stato (Fenet, t. 14, pag. 62).

(4) Fenet, t. 14, p. 62. V. *supra*, n. 831.

ARTICOLO 1681.

Nel caso in cui l' azione di rescissione venga ammessa, il compratore ha la scelta o di restituire la cosa ritirando il prezzo che egli ha sborsato, o di ritenerla pagando il supplemento al giusto prezzo, colla deduzione di un decimo dal prezzo totale.

Il terzo possessore ha lo stesso diritto, salvo il regresso contro il suo venditore (5).

ARTICOLO 1682.

Se il compratore elegge di ritenere la cosa pagando il supplemento a norma del precedente articolo, egli è tenuto all' interesse del supplemento medesimo, dal giorno della domanda di rescissione.

Se preferisce di restituirla e di ritirarne il prezzo, egli deve i frutti dal giorno della domanda.

L' interesse del prezzo ch' egli ha pagato, è a lui parimente computato dal giorno della domanda medesima, o dal giorno del pagamento, se non ha percepito alcun frutto.

SOMMARIO.

(5) V. l'art. 891 del Codice civile, che è conforme.

dere la cosa. Restituzioni respettive. Le ipoteche si annullano.

841. Il compratore deve restituire i frutti dal giorno della domanda. Opinione di Cujacio rigettata dal Codice.

842. *Quid*, dei frutti pendenti all'epoca della vendita?

843. Egli deve rendere l'alluvione, etc.

844. Di quali deterioramenti debba render conto.

845. Il venditore deve rendere il prezzo.

846. Egualmente che gl'interessi.

847. Egli deve indennizzare il compratore dei miglioramenti e delle spese fatte pel mantenimento del fondo.

848. Il venditore non è debitore delle spese legali. Rigetto di un'opinione di Despeisses e di Voet.

849. Per tutto quanto egli ha da ripetere, il compratore può esercitare il dritto di ritenzione.

850. Posizione delle parti quando la rescissione si esercita contro un terzo detentore.

851. Dei dritti di mutazione nel caso di rescissione.

852. Se vi è luogo alla percezione del dritto per nuova mutazione di proprietà.

COMENTO.

836. L'art. 1681 ci conduce al risolvimento dell'azione di rescissione. Esso determina gli effetti che produce quando è fondata (1). L'importanza di queste disposizioni si capisce da sè.

837. Ho detto altrove (2) che la vera conclusione dell'azione di rescissione è il ristabilimento delle parti nello stato in cui erano prima della vendita, e che il venditore non può esigere direttamente un supplimento di prezzo, perchè la facoltà di pagare quel supplimento è pel compratore un semplice favore di cui è in sua facoltà valersi o no, secondo che gli torna a grado. Il nostro articolo conferma questa idea. Ma essa è espressa con maggiore energia nell'artic. 891 del Codice civile, che regola la materia delle rescissioni nel caso di divisione, e che si spiega in questi termini: « Quegli che è convenuto col« l'azione di rescissione, può tronca« re il corso alla medesima ed impe« dire una nuova divisione, offrendo « e rilasciando all'attore il supplemen« to della sua porzione ereditaria, o « in danaro, o in natura. » Da questo articolo si rende chiaro che il supplimento di prezzo, anzichè essere nel compratore un'obbligazione esigibile contro di lui per via di azione, è semplicemente un'eccezione contro l'azione in rescissione. Questa eccezione che impedisce la nullità della vendita, è basata sulla ragione. L'azione del venditore si appoggia ad un danno ch'egli ne ha risentito (3). Ora l'interesse è la misura delle azioni, e se il compratore toglie il danno pagando un supplimento di prezzo, l'azione non ha più causa. Ma, lo ripeto, pel compratore è una semplice facoltà.

Il tribunale dovrà dunque astenersi dal condannare il convenuto a liberarsi col mezzo di un supplimento di prezzo. Per conservare l'esattezza dei principj, bisognerà ch'egli dichiari la rescissione della vendita, *se il compratore non preferisce ritenere la cosa pagando il supplemento*, conforme al nostro articolo.

838. Esaminiamo adesso le due ipotesi nelle quali il compratore trovasi posto, e di cui la scelta dipende dalla sua volontà. Supponiamo in pri-

(1) Il nostro articolo dice: « Nel caso in cui l'azione di rescissione venga ammessa. » Durantoo preferirebbe *ben fondato*, perchè, egli dice, l'azione fu già riervuta (t. 16, p. 473, nota).

(2) *Supra*, n. 808 e 825.

(3) L'azione in rescissione per dolo, timore, etc., è basata pure sopra un danno. Essa non sarebbe ammessa se il dolo o il timore non avessero cagionato una perdita. *Hæc actio damnum exigit*, dice Cujacio, con la legge 12, § 1, D. *Quod metus causa*. V. pure Voet, lo stesso titolo, n. 17.

mo luogo ch'egli preferisca compiere il prezzo, mentre questo partito è generalmente il meno rigoroso.

Il progetto di articolo sottoposto al consiglio di stato dalla sezione, non era conforme all'artic. 1681 che analizziamo. Esso esigeva che il compratore somministrasse un supplimento bastante a far sì che il venditore ricevesse il giusto prezzo della cosa (1). Questa disposizione era conforme all'antica giurisprudenza (2).

Il primo console, che assistè attentissimamente ai dibattimenti del consiglio relativi al titolo della rescissione, espose i suoi dubbj sulla equità del progetto che imponeva al compratore l'obbligo di compiere il giusto prezzo. Questa disposizione gli sembrò troppo severa. « Se il venditore, « egli diceva, avesse voluto attenersi « rigorosamente al giusto prezzo, l'acquirente non avrebbe comprato. È « dunque ragionevole ridurre il giusto prezzo di un 10 per cento. Di « rado una cosa vien comprata pel « suo esatto valore. E poi, il compratore ha giovato al venditore soccorrendo al suo bisogno, e *questi avrebbe certamente consentito a ricevere* 90 per cento *del valore* (3). »

L'assennatezza di questa proposizione era evidente. Essa fu adottata, malgrado Bigot di Préameneu, che difese l'antica giurisprudenza.

Il giusto prezzo dovrà dunque subire la diminuzione di un dieci per cento; questo favore indurrà le più volte il compratore a ritenere l'immobile, la qual cosa è preferibile, nell'interesse della proprietà e dei terzi, a una rescissione che cancella il passato e turba dei dritti acquistati nel tempo intermedio (4). Secondo Tronchet, questa deduzione è stata sempre di dritto nella stima dei periti (5). Ma tale non sembra che fosse l'opinione di Bigot. Egli non avrebbe resistito quasi solo alla proposizione del primo console, se cotesta deduzione non fosse stata una novità.

839. Il compratore deve gl'interessi del supplimento di prezzo dal giorno della domanda in rescissione.

Cujacio voleva ch'ei pagasse gl'interessi per tutto il tempo che ritenne la cosa (6); imperocchè gl'interessi sono l'equivalente del godimento dell'immobile. Il compratore non può godere insieme della cosa e del prezzo.

Ma Despeisses (7) e Domat (8) avevano un'opinione contraria. Il compratore, essi dicevano, ha pagato tutto quanto doveva in forza del contratto. La presunzione è dovuta al titolo: finchè il venditore non si è lagnato, s'intende avere il compratore goduto in buona fede, ed ha incominciato a godere un supplimento soltanto dal giorno in cui il venditore promosse il reclamo.

Pothier (n. 337), citando le opinioni favorevoli e contrarie sulla detta quistione, non accenna a quale delle due egli inclini.

Il Codice ha adottato il partito più favorevole al compratore, perchè dopo aver decretato, malgrado molte

(1) V. l'art. 102 in Fenet, t. 14, p. 17.

(2) Pothier, *Vente*, n. 334. Despeisses, t. 1, p. 20, n° *duodecimo*.

(3) Fenet, t. 14, p. 73.

(4) Faure, relazione al tribunato (Fenet, t. 14, pag. 176).

(5) *Idem*, p. 74.

(6) Sulla l. 2, C. *De rescind. vend.*

(7) T. 1, p. 20, *duodecimo*.

(8) Part. 1, lib. 1, t. 2, sez. 9.

opposizioni, il principio della rescissione, ha quasi sempre inclinato nelle misure secondarie verso ciò che poteva mitigarne il rigore (1).

840. Trattiamo adesso del caso in cui il compratore abbraccia il partito estremo di rendere la cosa.

Qui sono in campo interessi più complicati. Il venditore ed il compratore si devono delle restituzioni della cui estensione adesso ci occuperemo.

1° Il compratore rendendo la cosa deve renderla esente dagli oneri e dalle ipoteche impostevi durante il suo godimento (2) (art. 2125 del Codice civile). Il dritto del venditore era impresso sull'immobile, ed il compratore lo possedeva soltanto colla riserva del dritto del venditore medesimo, di cui non ha potuto rendere la condizione peggiore col fatto suo proprio. Forse alcuno obbietterà, siccome Bartolo, che la rescissione si opera per un fatto volontario del compratore, che, supplendo il giusto prezzo, avrebbe potuto prevenirla. Ma rispondiamo con Baldo che la cosa cui conviene osservare si è l'obbligo principale del compratore, che è quello di rendere la cosa; obbligo preciso, vero, e scopo dell'azione revocatoria (3); che non bisogna prendere in considerazione la facoltà di supplire il prezzo, per essere essa una semplice facoltà da cui dipende il libero arbitrio del compratore di pagare o non pagare. D'altronde di che cosa possono mai lagnarsi coloro le cui ipoteche sono minacciate? Che danno ricevono essi dacchè possono supplire il giusto prezzo (4)?

841. 2° Il compratore deve rendere i frutti incominciando dal giorno della domanda.

Il Codice fece prevalere su quella di Cujacio (5) la dottrina di cui, dopo molti altri, Fachinèo (6) e Voët (7) furono espositori. Cujacio pretendeva fosse il compratore tenuto a rendere tutti i frutti raccolti durante il godimento, dedotti gl'interessi del prezzo di cui il venditore aveva profittato.

Le ragioni sulle quali si appoggia il sistema di Cujacio sono speciose assai. Dal momento che il contratto è sciolto, il compratore ha posseduto senza titolo, senza causa, ed eziandio senza buona fede. Perchè in tal caso attribuirgli i frutti? Nella rescissione per causa di minorità, le leggi decidono, che il compratore debba rendere tutti i frutti che ha raccolti (8). Perchè decidere altrimenti nel caso di lesione enorme? Non è giusto che l'obbligo di compensare i frutti sia tanto più severo quanto più fu considerevole la lesione?

Ma si risponde a quest'argomentazione nel modo seguente.

La rescissione non impedisce che il compratore abbia posseduto in virtù d'un titolo apparente che basta per far presumere la sua buona fede. Nulla dimostra ch'egli conoscesse il vizio in forza del quale possedeva. Il solo reclamo del venditore potè far

(1) V. una decisione della corte di cassazione del 15 Dicembre 1830 che applica questo principio. (Dal., 31, 1, 24).

(2) Tiraq., *De retract. convent.*, § 3, glossa 1, n. 10 e seg. Fachin., Cont., lib. 2, c. 23. Loyseau, *Déguerp.*, lib. 6, c. 3, n. 8. Maynard, lib. 3, c. 69. Despeisses, t. 1, p. 18, *decimo tertio*. Molinèo, sopra Parigi, § 33, glossa 1, n. 44. Pothier, *Vente*, n. 372. Bretonnier, sopra Henrys, t. 4, p. 221, n. 63.

(3) *Supra*, n. 803, 825, 837.

(4) Disp. dell' art. 1681.

(5) Sulla l. 2, C. *De rescind. vend.*

(6) Lib. 2, c. 24.

(7) *De rescind. vend.*, n. 10. *Junge*, Bretonnier, sopra Henrys, t. 4, p. 220, n. 56.

(8) L. 27, § 1, Dig. *De minorib.*

cessare la sua ignoranza; ed è in questo che la sua posizione differisce da quella del compratore che ha contrattato con un minore. Qui il vizio della vendita è palese, la rescissione è conseguenza necessaria e preveduta di un simile trattato. Ma non esiste la medesima notorietà quando si stipula con chi è in età maggiore, e quando il vizio non risulta da altro che da una valutazione variabile su cui il compratore si può essere ingannato.

Queste ragioni sembrarono preferibili ai compilatori del Codice civile. La buona fede si presume sempre, e d'altronde, nel dubbio vuolsi adottare il dritto meno rigoroso (1).

842. Il compratore deve forse sopportare sul prezzo che il venditore gli restituisce, una deduzione pei frutti pendenti all'epoca del contratto?

Pothier adotta l'affermativa. Perchè, egli dice, il compratore godrebbe insieme ai frutti che ha raccolti il prezzo de'medesimi frutti che il venditore gli rende, poichè il valore dei frutti formò parte del prezzo totale.

Avendo esaminato questo dubbio per quanto concerne il retratto, rinvio alle osservazioni che ho presentate al n. 769, che sono applicabili a questo caso. Aggiungerò soltanto che il Codice offre qui una ragione di più per allontanarsi dall'opinione di Pothier. Imperocchè lascia al compratore tutti i frutti, eccetto quelli scaduti dopo la domanda. Ciò significa liberare da ogni restituzione di frutti pendenti all'epoca del contratto (2).

843. 3° Il compratore deve rendere tutti gli accessorj della cosa, come l'alluvione, la porzione del tesoro che gli fu attribuita *jure soli* (3). Possiamo valerci qui delle ragioni proposte al n. 766 e 767.

Ma, secondo quanto ho detto al n. 768, egli ha dritto di ritenere le aggiunte che risultano da'suoi acquisti e dal proprio suo fatto.

844. 4° Il compratore deve rendere conto dei deterioramenti di cui ha profittato, come vendite di alberi, etc. (4). Ma non deve nulla pei deterioramenti che sono effetto necessario del tempo o della forza maggiore (5). Non deve neppure quelli che ha cagionati la sua negligenza. Imperocchè, essendo presunto di buona fede e credendosi proprietario, ha potuto trascurare un fondo che stimava suo (6). È diverso questo caso da quello del retratto (7), in cui il compratore non poteva ignorare che il suo possesso era revocabile.

845. Vediamo adesso che cosa il venditore debba rendere al compratore.

1° Egli è obbligato a restituire il prezzo che ha ricevuto, e tuttociò che ne forma parte (8).

846. 2° Egli deve pagare al compratore gl'interessi del prezzo dal giorno della domanda.

Ma il compratore, che non ha raccolto frutti, ha dritto agl'interessi dal

(1) V. una decisione della corte di cassazione del 15 Dicembre 1830 (Dalloz, 31, 1, 25). V. anche *supra*, n. 567, la tendenza del dritto francese ad evitare le difficoltà delle liquidazioni di frutti.

(2) Faure diceva al tribunato: « Se l'immobile vien « restituito, l'acquirente ed il venditore si compenseranno respettivamente dei frutti e degl' interessi, « *contando dal giorno della domanda di rescissione.* » Fenet, t. 14, p. 176.

(3) Pothier, n. 360.

(4) Pothier, n. 361. *Supra*, sull'art. 1632.

(5) *Supra*, n. 765.

(6) Pothier, *loc. cit.*

(7) *Supra*, n. 765.

(8) *Supra*, n. 795. Pothier, *Vente*, n 362.

giorno del pagamento che ha fatto (1).

847. 3ª Il venditore deve rendere ragione al compratore dei miglioramenti che hanno aumentato il valore dell'immobile (2).

Saliceto e molti altri dottori si sono contuttociò espressi per la negativa, sotto pretesto che il compratore può, pagando il supplimento di prezzo, ritenere la cosa.

Questa opinione però non ebbe seguaci (3).

Il compratore si presume di buona fede: non bisogna togliergli i dritti che appartengono ad un possessore che, con un giusto titolo, fa dei miglioramenti in una cosa che crede appartenergli. Lo accusanu di non pagare il supplimento. Ma i suoi affari ne lo possono qualche vulta impedire; d'altronde ei non è obbligato: *Is non facit injuriam nec in culpa esse dicitur, qui jure suo utitur* (4).

Se i miglioramenti utili fatti dal compratore fossero eccessivi, bisognerebbe seguire la disposizione tanto giusta della legge 38 al Dig., *De rei vindicat.*, che decide doversi pagare al possessore soltanto le spese moderate che avrebbe fatte un buon padre di famiglia, e non quelle che rendono impossibile la rivendicazione (5). Il compratore non può lagnarsi, mentre può conservare i suoi miglioramenti supplendo il giusto prezzo.

Del resto, il caso si deve oggi presentare di rado perchè il termine della rescissione è brevissimo.

848. Il venditore non è obbligato a rendere al compratore le spese che questi ha fatte per l'acquisto (6). Despeisses inclina all'opinione contraria (7), egualmente che Voët (8). Ma cotesti autori non hanno posto mente che quando il venditore rientra, per causa di lesione, nell'immobile alienatu, deve rendere soltanto ciò di cui ha profittato, altrimenti la rescissione non sarebbe per lui una restituzione. Lo stesso pensa Delvincourt (9).

849. Il compratore può esercitare il dritto di ritenziune finchè non sia pagato dal venditure di quanto ha il dritto di ripetere (10).

850. Abbiamo parlato fin qui nella ipotesi che il venditore tratti direttamente col compratore. Se ora lo poniamo a contatto con un terzo detentore troveremo che i dritti sono rispettivamente i medesimi (11). Nulla dovrà revocare il venditore dalle sue pretese; ma nello stesso modo potrà il terzo esercitare le medesime repetizioni; egli avrà egualmente la facoltà di arrestare la domanda di rescissione mediante l'offerta di un supplimento di prezzo (art. 1681 e 1682).

L'art. 1681 riserva al terzo possessore il regresso contro il venditore diretto. Questo regresso è di dritto.

851. La rescissione della vendita non dà all'acquirente il dritto di farsi

(1) Arg. dell'art. 1652.

(2) Pothier, n. 363. Fachin., Cont., lib. 2, c. 20. Bretonnier, sopra Henrys, t. 4, p. 221, n. 62. *Supra*, n. 760, e art. 555 del Cod. civ.

(3) Fachin., *loc. cit.*

(4) *Idem.*

(5) V. anche l. *Si servos*, Dig. *De pignor. act.* L. *Utilem*, Dig. *De impensis in re dot.* L. *Impensæ*, § *Utiles*, D. *De verb. signif.* Junge, Pothier, *Vente*, n. 365, e *supra*, n. 760.

(6) Pothier, n. 369.

(7) T. 1, p. 18, *decimo tertio*. Egli argomenta dalla l. 27, Dig. *De adil. edicto*. Indemnis enim emptor discedere debet.

(8) *De rescind. vend.*, n. 9.

(9) T. 3, p. 168.

(10) *Idem*, n. 370. *Supra*, n. 762.

(11) Pothier, n. 371.

restituire dall' uffizio del registro i dritti da questo riscossi. L' artic. 60 della legge del 22 Frimajo anno VII, dice infatti: « Qualunque dritto regolarmente riscosso in conformità della presente, non potrà essere restituito, qualunque siano gli eventi ulteriori, eccettuati i casi preveduti dalla presente (1). »

852. Una quistione più difficile è quella di sapere se la rescissione, facendo ritornare la cosa fra le mani del suo precedente venditore, deve dar luogo alla percezione del dritto per nuova mutazione di proprietà.

La corte di cassazione si è dichiarata per l'affermativa.

Essa prese in primo luogo per punto di partenza l'art. 68, § 3, n. 7, della legge 22 Frimajo anno VII, che ordina l'esazione di un dritto fisso di 3 franchi e non un dritto di mutazione, per le spedizioni delle sentenze dichiarative la resoluzione del contratto o d'una clausola di esso, *per causa di nullità* RADICALE.

In seguito, esaminando la natura della causa di nullità che agisce sul contratto infetto di lesione, essa decise che non era una causa di nullità radicale, ma un mezzo di rescissione che non impedisce al contratto di avere tutta la sua esistenza e di ricevere la sua esecuzione finchè il mezzo non viene proposto.

La introduzione di questa giurisprudenza è dovuta al Merlin (2). Essa ha origine in una decisione del 5 Germile anno XIII (3), e fu confermata in seguito da una decisione del 17 Dicembre 1811 (4). È poi approvata da Duranton (5) e da Dalloz (6).

Ma Toullier ha rivolto contro la medesima tutti gli sforzi di una dialettica incalzante e animosa (7). Egli sostiene che la rescissione, quando viene dichiarata, annienta in modo radicale e originario il contratto impugnato; che il passato si cancella; che le parti vengono riposte nello stato in cui sarebbero se non avessero contrattato; che insomma il giudizio null'altro fa che dichiarare un vizio radicale, un vizio che infettava la convenzione fino dalla sua origine.

Toullier argomenta quindi dell'art. 68, § 7, della legge del 12 Frimajo anno VII, che considera come mutazioni sottoposte al dritto proporzionale soltanto le aggiudicazioni, vendite, *rivendite*, cessioni, *retrocessioni*, etc. Esso stabilisce che la rescissione non è una rivendita nè una retrocessione, ma soltanto uno scioglimento del contratto (8).

Io non so cosa si possa rispondere all'argomentazione vigorosa e fondata di quest'autore. Mi sembra che Toullier sia stato il difensore dei veri principj, mentre Merlin ha piuttosto patrocinato la causa del fisco (9).

(1) Nell'antica giurisprudenza decidevasi diversamente (Bretonnier, sopra Henrys, lib. 4, q. 167. Toullier, t. 7, p. 630).

(2) V. la sua istanza nel Rép., v° *Droit d'Enregistrement*, p. 677.

(3) Répert., *loc. cit.*, e Dal., *Enregist.*, p. 188, col. 1.

(4) Dalloz, *Enregist.*, p. 185, col. 1. Si potrebbe ciononondimeno dedurre il contrario da una decisione della stessa corte del 10 Ottobre 1810 (Dal., *loc. cit.*, p. 266, a nota).

(5) T. 12, n. 572.

(6) *Enregist.*, p. 181, n. 4.

(7) T. 7, n. 511 e seg.

(8) Potremmo anche aggiungere che il venditore riprende la cosa con la qualità di propria ch'essa aveva all'epoca della vendita, e che non si considera nelle sue mani come acquisto (Pothier, *Vente*, n. 338).

(9) Non bisognerebbe argomentare da ciò che abbiamo detto *supra*, n. 654. Havvi, pei casi di resoluzione *per mancanza di pagamento del prezzo*, una regola particolare, contenuta nella legge del 27 Ventoso anno IX (Toullier, t. 7, n. 549). (V. del resto la mia dissertazione sulle rescissioni, *supra*, n. 184 e seg.).

ARTICOLO 1683.

La rescissione a titolo di lesione non ha luogo in favore del compratore.

SOMMARIO.

853. La rescissione non ha luogo in favore del compratore. Opinione di Cujacio. Essa non è seguita nell'antica giurisprudenza.

854. Parere del primo console su tale quistione. Egli fa prevalere la dottrina di Cujacio.

855. Ma il compratore può lagnarsi di frodi praticate per ingannarlo.

COMENTO.

853. L'art. 1683 nega l'azione in rescissione per lesione al compratore.

Nell'antica giurisprudenza le opinioni erano divise su questo punto. Voët (1), Fachinéo (2), Molinéo (3), Pothier (4), etc., opinavano che quantunque la legge 2, al Cod. *De rescind. vendit.*, non parlasse del compratore, una ragione di analogia dovesse fargliela applicare, onde non istabilire una ineguaglianza tra lui e il venditore. Ma altri giureconsulti, come Antunno (5) e specialmente Cujacio (6), pensavano, cotesto dritto reciproco non fosse nella natura delle cose; riferisco le parole di quest' ultimo autore: « Æquum erat subvenire venditori, qui minoris vendidit, quem « plerumque necessitas rei familiaris « compellit vendere pretio minore, « non etiam emptori ultro accedenti « ad emptionem prædii sæpe fraudandi causa, et plerumque ementi pretio immenso et immodico, affectione opportunitatis, vicinitatis, vel « cœli, vel quod illic educatus sit, « vel parentes sepulti, vel quod majorum ejus fuerit; qua cupiditate « incensus, ultro projiciet sæpe ingentia et immensa pretia, quod calorem vocat l. *locatio*, D., *De publicanis*, alii insaniam, alii stultitiam. »

Malgrado queste ragioni piene di forza, ed espresse con tanta eleganza e spirito (7), la giurisprudenza si era attenuta al senso della prima opinione, dietro un giudicato del parlamento di Parigi del 1676 (8).

854. La sezione che presentò al consiglio di stato il progetto del Codice civile, propose riammettere la dottrina di Cujacio. Portalis si oppose a cotesta innovazione piuttosto per cieco rispetto verso l'autorità di Pothier e della giurisprudenza, che per forza del raziocinio. Ma il primo console gli rispose in questi termini (9).

« Concedendo l'azione di rescissione al compratore leso, spesso le « proprietà ne verranno intralciate.

(1) *De rescind. vend.*, n. 5.

(2) Cont., lib. 2, c. 16.

(3) *De cont. usur.*, q. 14.

(4) *Vente*, n. 373.

(5) Sulla l. 2, C. *De rescind. vend.*

(6) Observat., lib. 16, c. 18. *Vegg.*, Bretonnier, sopra Henrys, *t.* 4, p. 214, n. 8 e seg. Egli cita tutte le autorità in favore e contrarie.

(7) Si possono compendiare con queste parole di Tronchet: « Nessuno è costretto a comprare, laddove « le circostanze ed i bisogni nelle liti, obbligano qualche volta a vendere. » (Fenet, t. 14, p. 75).

(8) Portalis (Fenet, t. 14, p. 76).

(9) Fenet, t. 14, p. 77.

« Un individuo, con animo di stabilire una fabbrica, compra un terreno in cui si trova un canale d'acqua di cui ha bisogno per la sua intrapresa. Le circostanze cambiano. « Egli non effettua il suo progetto, o « muore. Egli stesso od i suoi eredi « allegano di aver pagato tre volte il « suo valore, e domandano la restituzione. Il venditore frattanto ha « venduto i terreni limitrofi; gli ha « alienati per un prezzo inferiore a « quello che avrebbero avuto se il fondo era intiero, e vi si è indotto a « cagione del compenso che gli offriva la prima vendita. È chiaro che, « in questa ipotesi, la rescissione del « contratto non lo riporrebbe nella « posizione in cui si trovava.

« Questo esempio ci dimostra che « se venisse accordata la rescissione « al compratore, sarebbe ciò a condizione di distinguere tra' diversi casi, lo che renderebbe la legge molto « confusa ed al tempo stesso incompleta; perchè sarebbe impossibile « prevedere e rintracciare tutte le distinzioni che la equità esige.

« È diversa la cosa riguardo alla « rescissione accordata al venditore; « essa non reca mai danno al compratore. »

Così, due uomini di genio, che di rado vedemmo andare sulla stessa via, si sono incontrati nello scioglimento di una quistione rimasta lungo tempo dubbia, l'uno per l'acume dei suoi concetti che illustrano la scienza del legista e la collocano all'eminenza filosofica, l'altro per l'ammirabile sagacità con che rinviene nel dritto il lato che risguarda l'economia politica, il governo e lo stato. Appoggiato a que'due suffragj, l'art. 1683 non ha bisogno di difensuri.

855. Osservate del resto ch'esso non impedisce al compratore di fare annullare la vendita per frode. Sarebbe possibile ch'egli fosse stato aggirato con arti fraudulenti e che il venditore gli avesse, per esempio, presentato degli affitti simulati che attribuissero al fondo un prodotto apparente molto superiore al prodotto reale. Questi maneggi non costituiscono una semplice lesione, ma un dolo molto più grave ancora, un inganno che vizia il consenso nella sua essenza, e non è oggetto del titolo che adesso comentiamo (1).

(1) Tronchet (Fenet, t. 14, p. 75).

ARTICOLO 1684.

Essa nemmeno ha luogo in tutte le vendite che, a termini della legge, non possono farsi se non coll'autorità giudiziale.

SOMMARIO.

856. La rescissione per lesione non ha luogo nelle vendite che non possono farsi se non coll'autorità giudiziale. Antica giurisprudenza. Estensione del nostro articolo.

857. Si applica alle licitazioni fatte tra persone in maggiore età? Disparere con Duranton.

COMENTO.

856. Il nostro articolo non ammette la rescissione per lesione nelle vendite che non possono farsi se non coll'autorità giudiziale (1). Portalis ne ha data questa ragione: « Quando la « giustizia interviene tra gli uomini, « essa allontana qualunque sospetto « d'inganno e di frode (2). » Ma io non so se questa spiegazione sia al tutto soddisfacente; perchè le vendite peggiori sono quelle che si fanno con intervento della giustizia. Piuttosto la bassezza del prezzo, troppo comune in quella specie di contratti (3), è quella che ha indotto a proibire che si molestassero gli acquirenti. Questi hanno profittato senza frode di tale stato abituale di cose, che è un fatto contro cui è vano lo insorgere. Del resto, che cosa è il giusto prezzo, se non quel prezzo che si è potuto trovare dopo aver tentati tutti i mezzi possibili? « *Justum pretium est quanti* « *res venire* POTUIT. » D'altronde, la giustizia allorchè vende, deve procurare una sicurezza intiera a quelli che comprano sotto la protezione delle numerose formalità da essa usate.

Nell'antica giurisprudenza, la regola che la rescissione non ha luogo nelle vendite giudiciarie fu da principio ammessa soltanto con moltissime limitazioni (4). Solo credevansi salvi dalla rescissione i decreti forzati profferiti dall'autorità delle corti sovrane (5). Finalmente, vennero tutti esentati dalla rescissione (6).

Il nostro articolo volle prevenire tutte le discussioni, precisando che le sole vendite esenti dalla rescissione sono quelle che, *a termini della legge*, *non possono farsi se non coll'autorità giudiziale*. Questa compilazione è dovuta al tribunato (7); essa è più chiara delle espressioni *vendita forzata* di cui si serviva il progetto. Infatti poteva nascere dubbio sul punto di decidere se si doveva chiamare vendita forzata una vendita di beni di minori provocata dal tutore, o una vendita di beni dotali provocata volontariamente nei casi in cui simili vendite possono aver luogo.

In senso contrario, potevansi chiamare vendite forzate le alienazioni in cui fossero state volontariamente invocate le forme obbligatorie della giustizia. I termini dell'art. 1684 tolgono ad esse ogni ambiguità.

E però, ogni vendita che non potrà aver luogo nelle forme libere della vendita volontaria, sarà al coperto dalla rescissione. Di questo numero sono le vendite dei beni dei minori e degl'interdetti, le vendite di fondi dotali (art. 1558), le vendite dietro espropriazione forzata, etc. Quelle sole godranno un privilegio speciale; esse saranno invulnerabili.

Ma se il venditore non era assolutamente costretto di ricorrere al ministero del giudice per alienare la cosa sua; se ha volontariamente venduto all'incanto, invitando degli estranei

(1) V. *supra*, art. 1649, n. 582.
(2) *Exposé des motifs* (Fenet, t. 14, p. 146).
(3) D'Olive, lib. 4, c. 25. *Supra*, n. 583.
(4) Fachin., Cont., lib. 2, c. 20 e 21. Despeisses, t. 1, p. 17, *octavo*.
(5) Despeisses, *loc. cit.* Brunemanno, sulla l. 2, C. *De rescind. vend.*, n. 12.
(6) Pothier, n. 341. Rousseau de La Combe, v° *Décret*, n. 1.
(7) Fenet, t. 14, p. 90.

e pubblicando gli avvisi (1), la rescissione potrà aver luogo (2).

857. Ciò ci conduce a esaminare se una licitazione fatta tra individui maggiori, nel caso di successione, possa impugnarsi per lesione.

Duranton insegna la negativa (3). Ma il contrario fu positivamente dichiarato nelle osservazioni che il tribunato aggiunse alla sua correzione per ispiegarne l'utilità. « Potrebbero « sorgere delle difficoltà relativamen- « te alle vendite fatte per licitazione « tra individui maggiori, *che cionnon- « dimeno vogliono essere considerate « come soggette alla lesione*, dacchè « sono forzate soltanto accidental- « mente, e non a cagione della qua- « lità delle persone (4). »

Infatti quando le parti sono maggiori, esse possono astenersi dalla procedura giudiziaria (artic. 985 del Codice di procedura civile). La licitazione tra maggiori non è dunque una di quelle vendite che non possono farsi se non coll'autorità giudiziale.

ARTICOLO 1685.

Le regole espresse nella sezione precedente per il caso in cui più persone hanno venduto unitamente e separatamente, e per quello in cui il venditore o il compratore ha lasciati più eredi, sono similmente osservate per promuovere l'azione di rescissione.

SOMMARIO.

858. Rinvio per l'interpetrazione dell'art. 1685.

COMENTO.

858. Nulla possiamo aggiungere a ciò che fu detto ne'n. 746 e seg. (5).

(1) Art. 953 e 985 del Codice di procedura civile.

(2) Osservazioni del tribunato (Fenet, t. 14, p. 90), e discorso di Grenier, tribuno (*idem*, p. 204).

(3) T. 16, n. 468, *in fine*. Arg. degli art. 955 e 970 del Codice di procedura civile.

(4) Fenet, t. 14, p. 90.

(5) Può ancora consultarsi Pothier (*Vente*, n. 338).

CAPITOLO VII.

Della Licitazione.

ARTICOLO 1686.

Se una cosa comune a più persone non può dividersi comodamente e senza discapito;

Ovvero, se in una divisione di beni comuni, fatta di reciproco consenso, se ne ritrovano alcuni che nessuno dei condividenti possa o voglia prendere,

Se ne fa la vendita all' incanto, ed il prezzo viene diviso fra i comproprietarj.

ARTICOLO 1687.

Ciascuno dei comproprietarj è padrone di domandare che gli estranei siano invitati alla licitazione: essi sono necessariamente invitati quando uno dei comproprietarj è minore.

ARTICOLO 1688.

Il modo e le formalità da osservarsi nella licitazione sono spiegate nel titolo *delle Successioni* e nel Codice giudiziario.

SOMMARIO.

859. Della licitazione. Sua origine. Su che sia fondata. Degl' inconvenienti della indivisione.
860. Quando havvi luogo a licitazione per incomodo? Regole relative.
861. Esempj di casi in cui certi incomodi secondarj non debbono fare ordinare la licitazione. Delle servitù. Del vestibolo comune.
862. *Quid*, se conviene fare dei lavori più o meno costosi onde procurare la divisione della cosa?
863. *Quid*, se bisogna separare i terreni dalle case coloniche?
864. Da chi si possa provocare la licitazione.
865. Secondo caso di licitazione.
866. Come venga fatta la licitazione.
867. Della licitazione volontaria.
868. Quando si reputa perfezionata la vendita fatta in simil caso?
869. Della licitazione giudiziaria.
870. Del tribunale competente per ordinare la licitazione.
871. Formalità per effettuare la licitazione. Perizia. Quaderno di oneri. Avvisi. Aggiudicazione preparatoria e definitiva.
872. Quando la licitazione giudiziaria è perfetta?
873. *Quid*, se le offerte non cuoprono il prezzo di stima? Distinzione.
874. Quando si effettua licitazione tra persone maggiori e minori, il rincaro del quarto è ammissibile. Lo è anche quando la licitazione è promossa tra persone maggiori.
875. Si può ordinare la licitazione per mobili e per un dritto incorporale.
876. Caratteri della licitazione. In che sia essa divisione, e in che vendita.

COMENTO.

859. La licitazione ci è venuta dai Romani (1), come lo indica la parola. Essa fu immaginata come mezzo di far cessare la indivisione, quando la cosa comune è indivisibile.

Se in una successione o in una comunione vi sono delle cose che non si possono dividere *comodamente e senza discapito* (2), se ne fa vendita all'incanto, ed il prezzo, che è sempre suscettibile di divisione, si distribuisce fra tutti i comproprietarj.

Il legislatore doveva conciliare due principj opposti. L'uno che nessuno

(1) L. 22, § 1, D. *Familiæ erciscundæ*. L. 1 e 3, C. *Communi divid.* Inst., *De officio judicis*, §§ 4 e 5. Questa parola deriva dal verbo LICERE, *esser messo a prezzo*, da cui *licitatio*, incanto.

(2) Espressione dell'artic. 1686. Esso traduce parola per parola il testo della l. 1, al C. *Com. divid.* *Quod si divisio prædii, sine cujusquam injuria, commode fieri potuerit.*

dev' essere costretto a convertire i suoi immobili in danaro (1), l'altro, che nessuno può venire obbligato a rimanere nella indivisione (2). Fra questi due principj, bisognava far cedere quello cbe poteva produrre meno inconvenienti, qualora si fosse al medesimo derogato. Ora, non si potrebbe, senza i più gravi pericoli, obbligare un comproprietario a vivere in uno stato perpetuo di comunione con un condomino di umore turbolento da generare in breve discordia, o talmente oppresso da debiti personali da minacciare la cosa comune di un sequestro, capace di privare della sua parte l'altro che nulla deve (3). È questo dunque uno dei casi in cui l'interesse pubblico può costringere il proprietario a vendere la cosa sua (4). Gli esempj di espropriazione per causa di utilità pubblica sono numerosi, ma non potrebbe esisterne in una indivisione perpetua e indissolubile.

La licitazione è dunque basata sulla ragione e sopra potenti motivi di necessità.

860. Ma perchè non degeneri in un sacrifizio o in una vessazione, bisogna cbe l'incomodo della divisione sia considerevole (5), o che la divisione guasti o svilisca la cosa stessa, o cagioni un pregiudizio comune (6), altrimenti la divisione in natura deve conservare tutti i suoi dritti.

Accade spesso cbe un proprietario più riccò di quelli cbe sono con lui nella indivisione, prenda a scusa qualche lieve inconveniente nella divisione, per domandare la licitazione, ed acquistare per poco prezzo le parti ch'egli costringe i suoi condividenti ad abbandonare. Questi sono mezzi artificiosi per espropriare il suo vicino ed arriccbirsi a spese altrui. I tribunali debbono stare avvertiti per non essere ingannati da cotesti pretesti fraudolenti.

Contuttociò osserviamo attentamente una cosa: la legge non esige cbe vi sia impossibilità assoluta di dividere fisicamente una cosa materiale; imperoccbè è sempre possibile dividerla, dovesse anche rompersi. Ma la divisione di cui si occupa il dritto civile non è uno scioglimento delle parti cbe compongono la cosa, o una disunione cbe possa produrre la sua rovina. È una divisione diretta da un concetto di conservazione; è un reparto eguale dei vantaggi cb'essa procura nello stato in cui si trova.

861. Su queste basi si dovrà giudicare se una cosa può dividersi comodamente e senza perdita; ed è una quistione di fatto sulla quale i tribunali sogliono consultare i periti, senza però cbe siano obbligati ad ammettere la loro relazione.

Per esempio, l'obbligo di alcuni dei condividenti quanto al sopportare una servitù sulla loro proprietà per l'uscita di una porzione rincbiusa, non è un motivo sufficiente per provocare la licitazione. Sono poche le divisioni che non portano seco l'one-

(1) L. 11, C. *De cont. empt.*

(2) L. 5, C. *Communi dividendo.* Artic. 815 del Codice civile.

(3) Lebrun, *Des success.*, p. 582, n. 29.

(4) *Supra*, n. 17.

(5) Alexander, l. 3, C. *Comm. divid.* Brunemanno, sulla stessa legge, dice: « Quia autem sæpe in « hac materia mentio fit rei dividuæ et individuæ, « ideo non male Barbosa, rem quæ commodo dividi « possit hanc esse dicit, quando pars separata eam « utilitatem præstat, quantam præstare posset alteri « unita. » N. 13. V. Répert., *Licitation*, pag. 464. Bourjon, t. 2, p. 524, n. 7. Chabot, t. 3, p. 121.

(6) Bourjòn, *loc. cit.* *Sine cujusquam injuria*, dice la legge 1, al C. già citato.

re di qualche servitù; e la conservazione in natura dei beni di una successione o di una comunione diverrebbe impossibile, se circostanza simile dovesse dar luogo alla licitazione. Era talmente diversa su ciò l'opinione di Ulpiano, che secondo lui, decretando il giudice l'aggiudicazione dietro licitazione, può imporre una servitù sulla cosa licitata (1). Quello che è da considerarsi per ordinare la licitazione, non è la ineguaglianza di una delle porzioni e l'incomodo che soffre una delle parti, imperocchè col mezzo di un compenso è facile ristabilire l'equilibrio: ma è l'incomodo della divisione per tutti i coudividenti, e la perdita che risentirebbero tutti se si effettuasse la divisione. La l. 1, al C., *Com. divid.*, lo decide espressamente: *Sine* CUJUSQUAM *injuria;* e Bourjon esige *una diminuzione totale della cosa e un pregiudizio comune.*

Questo è ciò che risulta da una decisione della corte di cassazione, del 21 Agosto 1832, in un caso in cui la corte reale di Colmar aveva negata la licitazione, e aveva dichiarato che le parti si varrebbero in comune di un vestibulo e di un cortile che serviva per l'uso delle case divise. La corte di cassazione considerò esser quelle servitù reciproche di cui la esisteuza non è uo incomodo bastante per far decidere la vendita della cosa (2). Infatti, non sarebbe possibile mettere in vendita il vestibulo e il cortile di una casa senza licitare la casa stessa; imperocchè quale sarebbe il valore di coteste cose se fossero separate dall'oggetto principale di cui facilitano l'uso? Ma sarebbe mai ragionevole che una casa suscettibile di divisione, venisse licitata a motivo di un'accessorio così secondario? L'accessorio può forse prevalere al principale?

Del resto, la decisione della corte di cassazione non è nuova. Io ne trovo una simile nel dizionario di Brillon (3). Due individui possedevano da lungo tempo, tanto nel uome proprio che in quello de' loro autori, una casa situata a Charentoo. L'uno possedeva il piano terreno, l'altro i piani superiori e le soffitte. Sembrava che da lungo tempo cotesta casa fosse stata divisa così, e che quelle porzioni divise fossero cadute nelle successioni dei proprietarj precedenti; la porta, l'adito e le scale erano comuni. Il possessore del piano terreno domanda la licitazione. Chezy, possessore della parte superiore della casa, rispoode che esiste divisione, e che la licitazione ha luogo soltanto per le cose indivise. Sentenza del Castelletto che ordina la licitazione. Appello. Decreto del mercoledì 24 Maggio 1713, emanato dietro il referto di Dreux alla gran camera, che annulla la sentenza e rigetta la domanda in licitazione del comproprietario.

È vero che Mornac, volendo provare che la divisione delle case è più difficile di quella dei campi, dice: « *Rarum igitur ut qui suus esse velit,* « *si ita facultates ferant, domum, cu-* « *jus unæ fores, una area, unaque* « *scala, cum alio domus ejusdam pro* « *parte domino, incolat* (4). »

(1) L. 22, § 1 e 3 combinati. D. *Familiæ ercisc.*

(2) Dalloz, 32, 1, 370. Arg. delle l. 19, § 1, D. *Com. divid.* Brunemanno dice sulla detta legge: « Si duæ ædes unum vestibulum vel unum aditum ha- « beant ex quo ad utrasque pateret aditus, invito « altero nec divisio nec licitatio admittitur, quia ini- « quum esset, *tam vilis accessionis nomine*, cogi to- « tas ædes distrahere. »

(3) V° *Licitation*, n. 2.

(4) Sulla l. 1, C. *Com. divid.*

Ma il comodo del proprietario ricco che vuol'essere solo in casa sua (e di questi parla Mornac), non ha tal peso che possa obbligare il suo condomino ad abbandonare la casa paterna cui è affezionato. In questo caso la licitazione non verrebbe fatta pel vantaggio comune: essa avrebbe luogo soltanto nell' interesse di un solo.

862. Se i periti dicono che il fondo non si può dividere senza alcuni lavori indispensabili, come, per esempio, dividendo gli appartamenti di una casa col mezzo di assiti costosi, e cambiandone la distribuzione, la licitazione deve aver luogo. La ragione si è, che uno dei condomini di un oggetto indiviso non può costringere l'altro a fare dei lavori e delle spese che spesso eccederebbero i suoi mezzi. I periti chiamati a dare la loro opinione debbono decidere se l'immobile è divisibile o non è divisibile nello stato in cui si trova all'epoca della domanda di licitazione (1).

863. Se i terreni da dividersi compongono un solo podere, e se non si possono separare i terreni dalle case senza diminuire il valore totale a danno dei condomini, vuolsi decidere per la licitazione. L'interesse comune esclude la divisione. Bourjon dice aver fatto così giudicare in un caso in cui trattavasi di vigne situate a Tonnerre, in mezzo alle quali eranvi alcuni fabbricati ad uso dei coloni (2).

864. Quando è dimostrato che la divisione va soggetta ad inconvenienti, la licitazione può essere provocata dal proprietario della parte più piccola, egualmente che da quello che possiede la più considerevole (3); in questo senso abbiamo un giudicato del parlamento di Parigi del 23 Gennajo 1601 (4).

865. L'art. 1686 autorizza la licitazione in un secondo caso.

In una divisione che si effettua amichevolmente, può accadere che nessuno dei condividenti voglia prendersi uno degli oggetti indivisi, o non se ne possa incaricare; quest'oggetto può essere per esempiu una fabbrica, che nessuno dei socj possa o sappia far valere. In questo caso se ne fa la licitazione; è lo stesso che se fossevi consenso di porla in vendita. Ma se uno dei condividenti si opponesse alla licitazione, essa non potrebbe aver luogo. L'art. 1686 esige che vi sia accordo unanime per convertire la cosa in danaro, ed esso dichiara che una simile licitazione convenzionale può aver luogo soltanto nelle divisioni fatte all'amichevole.

866. Quando la licitazione ha luogo, essa si effettua all'incanto, ed il prezzo si divide fra gl'interessati.

867. Vi sono due sorta di licitazione: la prima che si chiama licitazione volontaria o amichevole, ha luogo davanti notaro, e non va soggetta ad alcuna formalità (5). Essa non può aver luogo fuorchè fra persone maggiori aventi il libero esercizio de'loro dritti, ed abili a fare una divisione amichevole (6); per altro bisogna che tutti dieno il loro consenso (7); il notaro vuol'essere convenuto tra le parti. Se una di queste chiede l'ammis-

(1) Bourjon, t. 2, p. 524, sez. 2, n. 9.
(2) *Loc. cit.*, n. 10.
(3) Mornac, *loc. cit.*
(4) *Idem.*
(5) Bourjon, t. 2, pag. 525, n. 13. Pigeau, t. 2, pag. 706.
(6) Art. 827 del Cod. civ.
(7) *Idem.*

sione degli estranei all' incanto, la sua domanda dev'essere ammessa (1); perchè è possibile che fra i coeredi o consorj ninno vi sia che possa portar la cosa al suo vero valore. L'ammissione degli estranei è in questo caso il mezzo di conseguire il prezzo migliore dell'oggetto posto in vendita; e siccome quest'ammissione è giovevole a tutti, basta che sia richiesta da uno degl' interessati, perchè gli altri non possano opporsi (2).

868. Quando gli estranei sono ammessi nel caso di licitazione puramente amichevole, non esiste vendita perfetta finchè i venditori ed il maggiore offerente non sono d'accordo sulla cosa e sul prezzo e non hanno sottoscritto il processo verbale. Se i condomini venditori non stimano il prezzo sufficiente, possono ritirare la loro proposizione di vendere; per compenso, il maggiore offerente può ritirare la sua offerta, finchè non è stata espressamente accettata. La ragione di ciò si è, che cotesta licitazione è al tutto volontaria, e che il suo carattere non può venire modificato dalla recezione delle offerte (3). Il notaro non è eletto dal giudice; egli non lo rappresenta; procede come officiale ministeriale in virtù della legge del 25 Ventoso anno XI. Il processo verbale non ha dunque valore se non è sottoscritto dalle parti contraenti quando sono d'accordo (4).

869. La licitazione giudiciaria ha luogo tra persone maggiori quando non sono d'accordo, o quando insieme con quelle vi sono degli assenti, dei minori o degl' interdetti (5).

Ma bisogna osservare, che i maggiori possono sempre rinunziare alle vie giudiciarie per rientrare nelle vie amichevoli (artic. 985 del Codice di procedura civile), mentrechè, se vi sono degl'inabili, la licitazione giudiciaria è indispensabile.

870. Vediamo qual'è il tribunale competente a decidere intorno una domanda di licitazione giudiciaria.

Se si tratta di beni provenienti da una successione indivisa, gli art. 822 del Codice civile e 59 del Codice di procedura civile, decidono che l'azione dev'essere intentata dinanzi al giudice del luogo ove si è aperta la successione.

Se si tratta di beni indivisi per qualunque altro titolo, siccome l'azione di divisione è mista per sua natura, e non esiste testo di legge che costringa ad uscire dal dritto comune con un' attribuzione speciale, si può ricorrere o al giudice del luogo della situazione, o a quello del luogo del domicilio (6).

Ma in qual modo dovremo decidere se, nella divisione di una successione, si lasciasse uno o più oggetti indivisi, dopo avere ciononondimeno determinate le parti respettive di ciascuno degli eredi? La licitazione che avrebbe luogo ulteriormente sarebbe forse una divisione di successione (*familiæ erciscundæ*),

(1) Art. 1687, l. 3, C. *Com. divid.*

(2) Bourjon, t. 2, p. 524, n. 14.

(3) Decisione delle corte di cassazione del 24 Gennajo 1814 (Répert. di Favard, *Vente d'immeubles*, § 1).

(4) Art. 14 e 68 della detta legge.

(5) Art. 984 del Codice di procedura civile. Art. 839 del Codice civile.

(6) Art. 59 del Codice di procedure civile. Bourjon, t. 2, pag. 525. Leprestre, cent. 2, cap. 37. Merlin, Répert., v° *Licitation*, p. 472. L' art. 2210 del Codice civile concerne soltanto le vendite fatte dietro sequestro immobiliare.

regolata dagli art. 822 del Codice di procedura civile, oppure una semplice divisione reclamata mediante l'azione *communi dividundo*, e che si dovrebbe dirigere giusta la regola delle azioni miste?

Esistono su questa quistione due leggi Romane che vengono interpetrate diversamente (1) e che sembrano contraddirsi. Ma esaminando la difficoltà dal punto di veduta dei veri principj, di cui la prima di coteste leggi è la espressione, nasce la convinzione che la licitazione domandata in quel caso non tende più ad una divisione di successione, poichè quella divisione fù compita in modo assoluto e definitivo; che trattasi soltanto di una divisione di comunione convenzionale, di una indivisione riservata dalle parti; che cade conseguentemente sotto l'influenza dell'azione *communi dividundo*, e che è un'azione mista in cui la competenza non dev'essere ristretta dall'art. 822 del Codice civile. Cosi fu giudicato dalla corte di cassazione, decisione dell'11 Maggio 1807 (2).

871. Quando è fatto ricorso al tribunale, esso ordina, prima di decidere, la visita degl'immobili fatta da tre periti (3), i quali debbono descriverne lo stato, il valore e la consistenza, presentare le basi della stima ed il loro parere intorno alla possibilità della divisione. Fatto ciò, se l'oggetto è indivisibile, il tribunale ordina che la vendita per licitazione avrà luogo alla presenza di un individuo del tribunale o di un notaro (4).

Osservate però che se tutte le parti sono in età maggiore, e sia incontrastabile la necessità della licitazione, il tribunale statuisce senza relazione di periti.

Si compone un quaderno di oneri (5).

Si pubblicano gli affissi (6) per invitare gli estranei. In questo caso la loro ammissione è di dritto (7).

Si procede ad un'aggiudicazione preparatoria, e finalmente all'aggiudicazione definitiva (8).

Ci limiteremo a indicare sommariamente coteste formalità, perchè la loro spiegazione particolare rientra nella interpetrazione del Codice di procedura civile (art. 1688 del Codice civile). Ma ciò che non possiamo astenerci di dire in questo luogo si è, che coteste formalità rovinose inducono lo spavento nelle famiglie; assorbiscono in spese le piccole successioni in cui intervengono dei minori. Sarebbe tempo che il legislatore liberasse i pupilli da cotesta formidabile protezione. Il grido generale dovrebbe averlo bastantemente avvertito.

872. Quando l'aggiudicazione si effettua presente un giudice, s'intende perfezionata fin dal momento che fu dichiarata, indipendentemente dalla sottoscrizione delle parti; imperocchè il giudice ha agito nell'esercizio delle sue funzioni, ed il processo verbale ch'ei sottoscrive col cancelliere fa

(1) Legge 20, § 4, Dig. *Familiæ erciscundæ*. L. 1, C. medesimo titolo. Voet, lib. 10, t. 2, n. 30. Ma queste due leggi si conciliano benissimo, dicendo che la seconda parla soltanto di una divisione imperfetta (Brunemanno, sulla l. 1, C. *Fam. ercisc.*).

(2) Répert., *loc. cit.*, p. 473. Sirey, 2, 1, 267.

(3) Art. 969 del Codice di procedura civile e 824 del Codice civile combinati.

(4) Art. 970 del Codice di procedura civile.

(5) Art. 958 e 959 del Codice di procedura civile. Vedi un onere esorbitante inserito in un quaderno di oneri e mantenuto con decisione di Bruxelles del 22 Luglio 1830 (Dalloz, 32, 2, 212).

(6) Art. 960 e seg. del Codice di procedura civile.

(7) Art. 1687 e 839 del Codice civile.

(8) Art. 963 e 964.

fede fino a dichiarazione di falso (1).

Lo stesso avviene se il notaro fù deputato dal tribunale, ai termini degli art. 965 e 970 del Codice di procedura civile. Non bisogna applicare qui ciò che abbiamo detto al n. 868. Là, il notaro era scelto dalle parti, era un semplice officiale incaricato di compilare l' istrumento. Nel nostro caso, al contrario, egli è deputato dal giudice, e lo rappresenta.

873. Quando l' incanto non arriva al prezzo della stima, bisogna fare una distinzione.

Se l' immobile appartiene soltanto a de' minori, non se ne può fare la consegna all'aggiudicatario senza una nuova deliberazione del consiglio di famiglia, conforme all' artic. 964 del Codice di procedura civile.

Ma se l' immobile appartiene in parte a persone di età maggiore e in parte a de' minori, vuolsi effettuare la consegna anche sotto alla stima, senza deliberazione del consiglio. In questo caso l'art. 964 non è più applicabile, altrimenti dipenderebbe dalla famiglia del minore il rendere illusorio pei maggiori collicitanti il principio consacrato dall'art. 815 del Codice civile, che niuno può esser costretto a rimanere nella indivisione. Questo punto fù deciso anche da un giudicato della corte di cassazione del 6 Giugno 1821, con che veniva annullata una decisione della corte di Metz (2).

874. Si è dubitato se il rincaro del quarto autorizzato dall' artic. 710 del Codice di procedura civile in materia di sequestro immobiliare, sia applicabile alle vendite giudiciarie d' immobili fatte con licitazione tra minori e maggiori.

La corte di cassazione si è dichiarata in favore del rincaro con decisione del 18 Maggio 1830 (3). Infatti, ogniqualvolta vi sono dei minori interessati in una licitazione, la vendita è forzata; l' autorità del giudice viene sostituita alla loro incapacità; havvi espropriazione dei minori. Questi sono i motivi espressi dalla corte regolatrice (4).

La corte di Montpellier ha deciso doversi giudicare egualmente quando tutti i condividenti sono in età maggiore e padroni dei loro dritti, purchè la licitazione sia fatta giudicialmente (5). Questo sistema trova un sostegno nell'artic. 969 del Codice di procedura civile; esso torna utile alla concorrenza cui le vendite pubbliche tendono ad eccitare.

875. La licitazione può essere ordinata per un mobile come per un immobile; nell'art. 575 del Codice civile ne troviamo la prova. In tal caso vengono seguite le formalità particolari alle vendite pubbliche di mobili.

È lecito egualmente licitare un dritto di usufrutto, di godimento, di uso, etc.

Per esempio, un dritto di usufrutto vien legato a più persone, che non possono o non vogliono goderne in comunione; la licitazione dell' usufrutto è il mezzo di conciliare i loro interessi. Due coeredi succedono nell'affitto di una locanda o di una officina ch' essi non sanno o non possono dirigere da sè; la licitazione, anche in questo caso, è l' unica via

(1) Decisione della corte di cassazione del 3 Ottobre 1808 (Sirey, 1808, 1, 538).

(2) Dall., *Vente*, p. 931

(3) Dall., 30, 1, 247.

(4) Art. 965 del Codice di procedura civile combinato cogli art. 710 e seg. Decisione conforme di Grenoble del 25 Giugno 1825 (Dall., 25, 2, 209).

(5) Dall., 30, 2, 191.

di trar vantaggio da quell'affitto (1).

876. La licitazione è una vera divisione tra' comproprietarj, quando anche vi fossero stati ammessi dei terzi (2); essa deve averne tutti gli effetti. Ciounondimeno, se l'immobile licitato fosse indiviso con una donna maritata sotto il regime dotale, la quale si fosse costituito in dote tutti i suoi beni presenti e futuri, l'aggiudicatario collicitante potrebbe esigere l'impiego del prezzo rappresentante la parte spettante alla donna. Invano si opporrebbe l'art. 883 del Codice civile; la finzione che esso stabilisce non vale ad alterare il principio della inalienabilità della dote consacrato dall'art. 1558 del Codice civile. Cosi fù giudicato dalla corte di Rouen con decisione del 24 Aprile 1828, motivata in modo da rimanere impressa (3).

Riguardo all'estraneo che si è costituito aggiudicatario, la licitazione è una vendita (4). Cotesto acquirente riceve la cosa con tutti gli oneri che ogni collicitante v'impose durante la indivisione (5). I condomini hanno il privilegio del venditore, e non quello dei condividenti (6).

(1) Duranton, t. 16, n. 471.

(2) Art. 883 e 1872 del Codice civ. *Supra*, n. 12. Pothier, *Vente*, n. 633.

(3) Dall., 28, 2, 141.

(4) *Supra*, n. 12, e Pothier.

(5) Bourjon, t. 2, p. 525. Decisione della corte di Parigi del 2 Marzo 1812 (Sirey, 12, 2, 432).

(6) Il mio comento sulle Ipoteche, n. 291.

CAPITOLO VIII.

Della Cessione dei crediti e delle altre ragioni incorporali.

ARTICOLO 1689.

La cessione ad un terzo d'un credito, di un diritto o di un'azione si eseguisce tra il cedente ed il cessionario mediante la consegna del documento che lo comprova.

ARTICOLO 1690.

Il cessionario non ha diritto verso i terzi, che dopo la denuncia al debitore della seguita cessione.

Nulla ostante il cessionario può avere lo stesso diritto, quando il debitore abbia accettata la cessione con atto autentico.

ARTICOLO 1691.

Se prima che il cedente o il cessionario denunciasse al debitore la cessione, questi avesse pagato al cedente, sarà esso validamente liberato.

SOMMARIO.

877. Transizione. Critica di una espressione contenuta nella rubrica del capitolo.
878. Il capitolo 8 si occupa soltanto della cessione per via di trasferimento. Non ha nulla che fare colla surrogazione e con la delegazione. Che cosa è il trasferimento?
879. Quali sono le cose che sono l' oggetto del trasferimento.
880. Il trasferimento vien reso perfetto *tra le parti* dal consenso.
881. La dazione del titolo serve soltanto per la consegna tra il cedente ed il cessionario.
882. Ma riguardo ai terzi, non havvi traslocamento della proprietà del credito fuorchè dopo la notificazione del trasferimento al debitore. Questa notificazione è la vera immissione in possesso in questa materia.
883. Necessità di questa immissione in possesso. Disparere con Duranton.
884. Prima della notificazione la proprietà riposa, riguardo ai terzi, sulla testa del venditore.
885. Conseguenze di ciò. 1º Il debitore non può, prima della notificazione, opporre che il cedente si è spogliato del possesso.
886. 2º Il terzo detentore non può neppure egli opporre la esistenza del trasferimento.
887. 3º Il cedente che ritiene il possesso può fare tutti gli atti intesi a conservare la cosa.
888. 4º Tra più cessionarj successivi, la preferenza vien regolata dalla data della notificazione.
889. 5º Prima della notificazione, i creditori del cedente possono sequestrare tra le mani del loro debitore.
890. 6º Il debitore non avvertito può pagare tra le mani del cedente.
891. 7º La compensazione non si stabilisce tra il cessionario e il debitore ceduto.
892. 8º Il cessionario che non ha notificato non può fare terza opposizione alle sentenze intervenute tra il cedente e il debitore.
893. 9º Se il cessionario possa rincarare senza aver notificato il trasferimento. Critica di una decisione della corte di cassazione.
894. Il cessionario può fare provvedimenti di conservazione.
895. Ma non può sequestrare nè spogliare o molestare i terzi.
896. Significato erroneo che la corte di cassazione dà della parola *terzi*.
897. Altro errore della corte di cassazione sul valore degli art. 2214 e 1691. Conclusione che il cessionario non può rincarare.
899. Il cedente non può fare eccezione contro il cessionario del difetto di notificazione.
900. La cognizione del trasferimento avuta indirettamente dal debitore equivale a notificazione?
901. Una simile cognizione può opporsi ai terzi? *Quid*, di un 'accettazione in forma privata fatta dal debitore?
902. Come si faccia la notificazione del trasferimento.
903. Se vi sono più notificazioni fatte nel medesimo giorno, qual' è quella che deve prevalere?
904. La notificazione si può fare e dal cessionario e dal cedente.
905. *Quid*, se la notificazione è nulla?
906. Quali sono i trasferimenti che non si devono notificare. Dei trasferimenti d' ipoteche mediante voltore.
907. Seguito.
908. Seguito. Disparere con la corte di cassazione.
909. Seguito.
910. Delle cessioni fraudolenti, particolarmente nel caso di affitti da scadere o di frutti futuri. Dei trasferimenti fatti nei dieci giorni dal fallimento.
911. Non si può notificare un trasferimento dopo il fallimento del debitore.
912. Delle forme del trasferimento. È cosa prudente lo effettuarlo in forma autentica.
913. Effetti principali del trasferimento notificato.
914. Dei frutti.
915. Gl' interessi dovuti pel credito all' epoca del trasferimento sono forse trasferiti di pieno dritto nel compratore?
916. La cessione comprende le azioni rescissorie e risolutive?
917. La cessione comprende gli accessorj del credito ceduto.
918. Il cedente ha privilegio per il prezzo.
919. Il debitore avvertito del trasferimento non può più pagare fuorchè al cessionario.
920. Egli deve presentare immantinente le quitanze in forma privata che gli ha fatte il cedente.
921. *Quid*, se ha una controlettera?
922. Quando possa opporre la compensazione.
923. Egli non è obbligato a dividere i suoi pagamenti.
924. Il cessionario di un titolo esecutorio non è obbligato a farsi autorizzare dal giudice per procedere alla esecuzione.
925. Il debitore deve pagare al cessionario ciò che egli avrebbe pagato al cedente. Abrogazione delle leggi Romane.
926. Il trasferimento notificato equivale a sequestro. Conseguenze di questa regola riguardo ai sequestranti anteriori.
927. E riguardo ai sequestranti posteriori. Disparere con due giudicati della corte di Parigi.
928. Del caso in cui il decreto del sequestro e la notificazione del trasferimento hanno luogo nello stesso giorno, senza che venga indicata l' ora.
929. Transizione.

COMENTO.

877. Il capitolo che analizzeremo si occupa della vendita o trasferimento di crediti e altre cose incorporali.

Fu criticata a ragione la rubrica di questo capitolo perchè disse: *ragioni* INCORPORALI!! I dritti infatti sono solamente incorporali; non è possibile concepire un dritto sotto forma palpabile; havvi dunque pleonasmo nella espressione della legge. Ma cosa si dirà di una legge del 6 Luglio 1791, concepita nei termini seguenti:

« La prescrizione contro la nazio-
« ne per ragione *di dritti* CORPORALI
« o *incorporali*, dipendenti da beni
« nazionali, è e rimane sospesa dal
« 2 Novembre 1789 sino al 2 Novem-
« bre 1794, etc. »

Dritti CORPORALI!! Chi può immaginarsi che il legistore voglia mancare a sè stesso al segno di esprimersi con sì barbara favella?

878. Un dritto può passare in altre mani senza che questo traslocamento si effettui per mezzo di vendita. Ho fatto conoscere nel mio comento sull'art. 2112 del Codice civile (1) le diverse cause che sostituiscono un creditore ad un altro, avvertendo di non confonderle fra loro, quantunque il risultamento comune sia di porre nel luogo di una persona investita di un dritto un' altra persona che ne approfitta. Rimando alle mie osservazioni per conoscere i principj che separano il trasferimento, la delegazione, la surrogazione e la indicazione di pagamento (2). Questi diversi modi di trasmissione di crediti e di dritti attivi vengono chiamati qualche volta col nome generico di *cessione* (3). Noi dobbiamo occuparci in questo capitolo soltanto di quella che si distingue col nome speciale di *trasferimento*.

879. Ho parlato nell'opera citata, della origine del trasferimento, della sua introduzione contro la sottigliezza del dritto, dei casi in cui è principale ed accessorio, della virtù che è in esso di trasferire tacitamente e di pieno dritto tutti i privilegj annessi al credito trasferito (4), etc. Ritornerò fra poco sopra alcuni di questi punti; per ora ho fretta di parlare delle cose che sono l'oggetto del trasferimento.

La espressione vendita, è riservata per la cessione degli oggetti corporali, mobili od immobili. Noi ce ne siamo occupati nei capitoli precedenti. La parola trasferimento viene impiegata soltanto quando si cede un credito, un'azione, un privilegio, un'ipoteca, insomma una cosa incorporale.

Si può cedere non solo un' azione personale pura e semplice, ma ancora un' azione personale a termine o sotto condizione (5). Si può egualmente vendere condizionalmente un'azione pura e semplice, oppure vendere puramente e semplicemente un'azione condizionale (6). E non solo si può vendere un' azione personale, ma e-

(1) Dei Privilegj e delle Ipot., n. 329 e seg.

(2) N. 340, 344, 345, 349, 353 *bis*. Duranton combatte (t. 16, n. 488) l'opinione che, nella surrogazione, non vi ha garanzia, opinione che io ho adottata, n. 353 *bis*. Ma egli confonde l'azione *condictio indebiti* con l'azione in garanzia.

(3) Art. 1303 del Codice civile. Art. 1935 *idem*. Il mio comento sulle Ipot., n. 329, Renusson, *Subrog.*, c. 2, n. 1.

(4) *Loc. cit.*, n. 340, 341, 342, 343.

(5) L. 17, D. *De hæred. vel act. vend.*

(6) L. 17 e 19, Dig. *loc. cit.*

ziandio un'azione reale, come per esempio, un' azione di rivendicazione (1), o un'azione mista, qual'è un dritto di recupera (2), un dritto di rescissione, in generale qualunque dritto della stessa specie, purchè, secondo le regole che abbiamo spiegate altrove, esso sia suscettibile di vendita, e non sia esclusivamente aderente alla persona del creditore (3).

È pur lecito il trasferire un corpo di dritti e di azioni in massa, o di dritti incerti, per modo che il cessionario null'altro abbia comprato fuorchè una semplice speranza da far valere ad ogni suo rischio (4). In fine vedremo specialmente presentarsi in questo capitolo, nel numero de' dritti che possono motivare il trasferimento, una eredità (art. 1696) e un dritto litigioso (artic. 1699).

Le cessioni di crediti sono specialmente frequenti nell'impiego di capitali. Il capitalista si rivolge ai notari per collocare il suo danaro in modo solido. Siccome avviene quasi sempre che nel punto in cui avvi bisogno di trovare un impiego attivo al proprio danaro, un altro vuole realizzare il suo per dargli altra destinazione; così, in tal caso, questi vien pagato col danaro del mutuante, ed egli trasferisce in cambio a questo un credito accompagnato di privilegio o di prima ipoteca. Così il collocamento dei capitali vien facilitato, il danaro circola, e gli affari ne ricevono un impulso maggiore.

Ma colui che riceve così un credito sopra un terzo, non dovrà consentire a un simile disponimento se prima non fece le opportune indagini intorno alla solvibilità del debitore, ed alla idoneità della ipoteca che gli viene data in garanzia.

880. Fra le parti, il trasferimento di un credito riesce perfetto, come tutte le vendite, mediante il consenso reciproco sulla cosa e sul prezzo (5).

Non è necessario che il debitore intervenga. La cessione può senza difficoltà effettuarsi suo malgrado (6). Infatti, il cessionario è considerato come un mandatario che il cedente ha incaricato di sollecitare il debitore, e quantunque il compratore del credito possa esercitare gli atti in suo nome, perchè è *procurator in rem suam*, questa circostanza non genera nella posizione del debitore un cambiamento sufficiente perchè egli abbia interesse a lagnarsi.

881. Dopo che la vendita fu conchiusa tra le parti, bisogna che il cedente effettui la consegna (art. 1603 del Codice civile). Essa si effettua fra il cedente ed il cessionario mediante il passaggio del titolo, che è il modo di tradizione più specialmente applicabile nella vendita delle cose incorporali (art. 1607 del Codice civile). Ma il suo scopo non è di contribuire al traslocamento della proprietà tra le parti. Questo risultamento fu già ottenuto dal consenso (artic. 1583 del Codice civile).

882. Ma se il trasferimento è reso perfetto tra le parti dal consenso e

(1) L. ult., C. *De hæred. vel act. vend.*

(2) Decisione di Torino del 17 Germile anno XII (Dalloz, *Vente*, p. 914).

(3) *Supra*, sull'art. 1598.

(4) L. 4, 10, 11, D. *De hæred. vend.*, e Voet, ad Pand., *De hæred. vel act. vend.*, n. 9.

(5) V. i principj esposti da me sugli artic. 1583 e 1584.

(6) L. 1, C. *De novat.* L. 2, C. *De donat.* L. 3, C. *De hæred. vel act. vendit.* Il mio comento sulle Ipot., n. 340 e 343.

dalla consegna dei titoli, non accade lo stesso riguardo ai terzi. Non si può opporre un trasferimento al debitore ed ai terzi, se non fu notificato al debitore (1). È un principio tolto allo statuto di Parigi, di cui l'art. 108 era così concepito:

« Un semplice trasferimento non « investe della proprietà, *e bisogna « notificare il trasferimento alla par« te, e darne copia prima* DI PARVI « ESECUZIONE (2). »

Questa notificazione vale l'atto di prender possesso del credito (3). Essa è una specie di staggimento del debitore; lo lega al cessionario, che d'allora in poi occupa il posto del creditore. Essa rende completa riguardo ai terzi la tradizione, che, mediante la consegna dei titoli, aveva effetto soltanto tra le parti contraenti.

883. Scorgesi come l'art. 1690 esiga un genere particolare d'immissione in possesso nel trasferimento delle cose incorporali.

Esso è del resto il semplice corollario del principio generale segnato nell'artic. 1141 del Codice civile, secondo cui, in fatto di mobili, il possesso non si deve intendere trasferito riguardo ai terzi, fuorchè in virtù della tradizione.

Se cerchiamo quindi i motivi che hanno fatto stabilire delle disposizioni speciali per la tradizione dei crediti e delle azioni, li troviamo nella duplice necessità di vincolare la persona del debitore, e prevenire per quanto è possibile delle cessioni simulate.

Senza la notificazione, saprebbe il debitore di non dover più pagare al suo creditore diretto?

Senza la notificazione, chi potrebbe accusarlo di avere estinto il suo debito nelle mani di quei creditori che hanno esercitato i dritti di quello cui egli doveva, e che hanno fatto decretare il sequestro sopra di lui? È chiaro che era necessario un atto capace d'imprimere in qualche modo sulla persona del debitore il suggello della mutazione, per renderlo inabile a far cosa nociva ai dritti del cessionario.

Di poi, siccome accade ogni giorno che si faccia mostra apertissima di trasferimenti simulati per deludere i creditori legittimi (4), non fu creduto bastante un atto di cessione, quando anche autentico, per darvi intiera fiducia. Si è dovuto esigere inoltre, onde acquietare i timori, che il cessionario prendesse possesso effettivo del credito; che rendesse certa la sua proprietà, innalzando una barriera tra l'antico creditore ed il debitore; che provasse in modo manifesto la mancanza d'interesse ulteriore, e il rilascio reale del cedente, facendo conoscere come il debitore non debba trattare più con lui, tutto essere finito riguardo a lui, e dovere egli, cessionario, ricevere i pagamenti, fare i provvedimenti di conservazione, le istanze, etc. Se questa immissione effettiva in possesso non è un mezzo per far cessare assolutamente l'inganno, essa almeno lo rende molto più difficile, poichè obbliga il compratore

(1) Art. 1690 del Codice civile.

(2) Questa disposizione formava il dritto comune (Pothier, *Vente*, n. 555, e Loisel, lib. 3, t. 1, n. 10).

(3) Ferrières, sull'art. 108 del Cod. civ. Bourjon, t. 1, p. 465, n. 7, 8, 9.

(4) Lamoignon, t. 2, p. 155, 156. V., in Henrys, t. 4, p. 14, quest. 5, l'astuzia impiegata da un individuo ch'era stato condannato alle spese di una istanza, per impedire i creditori di sequestrare dei fondi che gli appartenevano in mano a un terzo.

ad assumere una parte attiva, che quasi sempre repugna a chi presta semplicemente il nome.

Tali sono i motivi che determinarono l'art. 1690 del Codice civile. Non posso comprendere come un pregevole professore, qual'è Duranton, abbia creduto doverlo criticare (1), considerando cotesta disposizione come un avanzo del dritto antico, che il Codice civile avrebbe dovuto astener si dallo adottare. Secondo me, ogni cosa obbligava il legislatore moderno a seguire coteste norme; in primo luogo, la necessità di rimaner fedele al sistema consacrato dall'artic. 1141 del Codice civile; quindi il bisogno di prevenire le simulazioni. Imperocchè la fiducia di Duranton in un atto autentico, da esso creduto valevole a garantire dalle frodi, è una illusione. L'autenticità sarebbe senza dubbio un preservativo contro le antidate. Ma non esistono forse pericoli più gravi di questo? La frode non pone forse in attività un gran numero di mezzi più scaltri, contro cui era pur forza premunirsi?

884. Quindi, finchè non è fatta la notificazione, il cedente si reputa investito riguardo ai terzi, ed il cessionario nulla può pretendere sul credito di cui la proprietà posa, in quanto spetta a questi, sulla testa del venditore (2). Ora diremo le conseguenze gravi che da ciò risultano.

885. 1° Se la notificazione non è stata ancora fatta, il cedente molesterà il debitore senza che questi possa opporgli che egli, cedente, si sia spogliato de' suoi dritti (3). Così giudicava la corte di cassazione con decisione del 4 Dicembre 1827 (4), che annullò una decisione della corte di Colmar, del 27 Agosto 1824 (5). Infatti, riguardo ai terzi, il cedente rimane investito; e certamente il debitore in questo caso è un terzo, secondo le proprie espressioni dell'art. 1689, che dice: « *La cessione* AD UN « TERZO *d'un credito, o di un'azione.* »

886. 2° Per la stessa ragione, il terzo detentore, intimato ad abbandonare per un credito iscritto, non è ammesso a pretendere, quando non vi fu notificazione, che il querelante avendo ceduto i suoi dritti, non abbia più veste. Le ragioni sono le medesime del caso precedente (6).

887. 3° Segue ancora dai principj sopra dichiarati, che il cedente non ispogliato dalla notificazione, può fare tutti gli atti conservativi, ed anche promuovere l'appello nel suo nome personale (7), depositare gli alimenti pel debitore carcerato (8), prendere e rinnuovare le iscrizioni ipotecarie, in fine agire qual vero proprietario.

888. 4° Il cedente può, malgrado la immoralità di un atto simile, vendere a un secondo cessionario il credito, oggetto del trattato, e quando il nuovo acquirente faccia notificare innanzi che il primo siasi posto in regola, gode la preferenza sopra di lui (9).

Bisogna dire inoltre che questa preferenza gli verrebbe inutilmente contrastata, quando anche il primo acquirente si fosse munito dei titoli.

(1) T. 16, n. 498.

(2) Bourjon, t. 1, p. 465, n. 10.

(3) Ferrières, sopra Parigi, art. 108, § 1, n. 9.

(4) Dal., 28, 1, 46.

(5) Dal., *Vente*, p. 915.

(6) Decisione di Bordeaux del 7 Agosto 1829 (Dal., 30, 2, 4 e 5).

(7) Bordeaux, 29 Aprile 1829 (Dal., 29, 2, 227).

(8) Parigi, 15 Ottobre 1829 (Dal., 29, 2, 300). Ma vedi *infra*, n. 893 e 894.

(9) Pothier, *Vente*, n. 558. Bourjon, t. 1, p. 466, n. 11. Ferrières, sopra Parigi, art. 108, p. 128, n. 10. *Supra*, n. 287.

La cessione dei titoli non opera conseguа fuorchè tra le parti; ma, riguardo ai terzi, la notificazione al debitore regola il possesso. Esiste in questo senso un giudicato della corte di Bordeaux del 21 Agosto 1831 (1).

889. 5° I creditori del cedente possono sequestrare nelle mani del debitore e a danno del cessionario, finchè la notificazione non è fatta da questo (2). Essi hanno dritto di farlo, quando anche fossero divenuti creditori posteriormente alla cessione. Mentre, finchè non esiste la notificazione del cessionario, si reputa posare il credito sul capo del cedente, esso rimane il pegno de' suoi creditori, i quali, anteriori o posteriori alla cessione, non sono meno perciò terzi per opporre la mancanza di notificazione (3).

E se i creditori del cedente avessero fatto un sequestro in mano del debitore, il cessionario non potrebbe impedirne l'effetto mediante una notificazione posteriore (4).

890. 6° Il debitore che non fu avvertito dalla notificazione del trasferimento del credito, può pagare nelle mani del suo creditore diretto, e la sua liberazione è valida (art. 1691); il cessionario che lo volesse molestare non avrebbe dritto per farlo Esso ha soltanto un regresso contro il suo cedente per l'azione *ex empto*.

891. 7° La compensazione non si stabilisce tra il cessionario e il debitore ceduto. Così giudicava la corte di Parigi, decisione del 28 Febbrajo 1825, di cui ecco la specie (5):

Vigoureux doveva a Stevens la somma di 10,750 fr., prezzo di vendita di una casa. Il 16 Giugno 1813, Vigoureux compra da Brandmer un credito di 6,000 fr. sopra Stevens, e muore senza averne fatto notificare il trasferimento. Erano dunque Vigoureux e Stevens debitori l'uno dell'altro. Ma Stevens ignorava il trasferimento del credito. Egli credeva di esser sempre debitore di Brandmer. Vigoureux non lo aveva vincolato seco mediante notificazione. Intanto che Stevens si rimaneva in quello stato d'ignoranza, vendè il prezzo di vendita dovutogli da Vigoureux a un tale Alliot, che, il 4 Gennajo 1822, notifica il suo trasferimento alla erede di Vigoureux. Soltanto nell'Aprile dello stesso anno quella erede si accorse della necessità di notificare a Stevens il trasferimento effettuato a favore di Vigoureux. Ma essa non osservò nell'atto le formalità volute dalla legge, e in quanto a Stevens la notificazione non fu valida. Le cose erano in questo stato, quando Alliot, rappresentante Stevens, chiese il suo pagamento. La erede di Vigoureux gli oppose una compensazione, sostenendo che quel modo di liberazione aveva avuto luogo di pieno dritto, senza che la notificazione fosse richiesta; Alliot, essa diceva, non è un terzo; egli gode i dritti di Stevens e lo rappresenta. Ora la notificazione è necessaria soltanto riguardo ai terzi. Ma è chiaro che cotesta argomentazione non era sostenibile. È precisamente perchè Alliot era il rappresentante di Stevens, ch'egli poteva opporre tutti i mezzi di cui questi avrebbe potuto preva-

(1) Dal., 31, 2, 263.
(2) Pothier, n. 557.
(3) Ferrières, *loc. cit.*, n. 11. Decisione di cassazione del 2 Marzo 1814. Dalloz, *Vente*, p. 916.
(4) Ferrières, *loc. cit.*, n. 11. Ricard, Donat., part. 1. cap. 4, sez. 2, dist. 1, n. 965.
(5) Dall., 26, 2, 60.

lersi. Stevens aveva dunque dritto di dire: perchè esista compensazione, bisognerebbe che fossi debitore di Vigoureux. Ma io non lo sono mai stato. Egli non mi notificò il trasferimento; non ha assunto, ch'io sappia, il credito di Brandmer sopra di me.

Questo è il sistema vittorioso che trionfò dinanzi al tribunale della Senna e dinanzi alla corte.

892. 8° Il cessionario che non ha notificata la sua cessione al debitore non è ammesso a formare terza opposizione alla sentenza emanata contro questo e il suo cedente (1). Così decise la corte di cassazione nel 16 Luglio 1816 (2). La ragione ne è manifesta. Se il debitore avesse pagato al cedente, avrebbe validamente pagato (artic. 1691); dunque, s'egli vien liberato da una sentenza intervenuta tra lui ed il cedente, il cessionario non può essere ammesso a criticare cotesta decisione, come non potrebbe criticare un pagamento.

893. 9° Può il cessionario effettuare il rincaro senza aver notificato il suo trasferimento? La corte di cassazione ha deciso l'affermativa con decisione di rigetto all'appello ne' 22 Luglio 1828, di cui bisogna assolutamente rammentare i fatti, onde poterli discutere (3). Giovanni fallisce. I suoi beni sono posti in vendita dietro istanza de'suoi creditori, tra'quali si conviene che avranno la facoltà di rincarare di un decimo, in luogo di un quarto (4). Il quarto lotto viene aggiudicato a Martin per 13,000 fr. Dopo la detta aggiudicazione, Denys, uno dei creditori, cede il suo credito a Bertrand, che rincara. La cessione non era notificata al debitore o ai sindaci che lo rappresentavano. Martin si fonda in questa circostanza per domandare la nullità del rincaro, che avrebbe dovuto essere del quarto e non del decimo. Decisione di Metz che dichiara la notificazione inutile, e decisione della camera dei ricorsi che rigetta l'appello. Quest'ultima decisione è basata sul sistema seguente.

Tra il cedente ed il cessionario, la consegna si effettua mediante la dazione del titolo. Da quel punto la proprietà riposa sul capo del cessionario; il cedente non può più fare atti conservativi, nè agire relativamente all'oggetto ceduto; questa facoltà appartiene al cessionario, sempre però ne' limiti stabiliti dalla legge. Quali sono questi limiti?

1° Senza notificazione, impossibilità del cessionario di agire in espropriazione contro il debitore (art. 2214 del Codice civile).

2° Senza notificazione, impossibilità del cessionario di lagnarsi di un pagamento fatto al cedente dal debitore, e di farsi pagare da questo.

Tali sono le limitazioni apposte al potere del cessionario riguardo al debitore. Qual'è lo stato delle cose riguardo ai terzi?

L'artic. 1690 dice, che il trasferimento non notificato non si può opporre ai terzi. Ma che cosa intende la legge colla parola *terzi*? Essa intende parlare soltanto di quelli che hanno acquistato dei dritti fra il trasferimento e la notificazione che ne viene fatta al debitore. Quelli soli hanno il

(1) Carré, t. 2, p. 248, n. 1710. Berriat, p. 442, nota 9, n. 2.

(2) Dalloz, *Tierce opposition*, p. 656, 657.

(3) Dall., 28, 1, 344. Sopra le conclusioni *conformi* di Lebeau.

(4) Art. 2185 del Codice civile, e 710 del Codice di procedura.

dritto di prevalersi dell'art. 1690. Ma se non fu acquistato dritto alcuno, il cessionario trovasi investito validamente dalla consegna del titolo; può fare ogni atto conservativo, prendere iscrizione, ed anche rincarare, etc.

Tal'è la decisione che io invito il lettore a voler consultare nelle raccolte. La compilazione ne è confusa. Non vi si ravvisa la chiarezza abituale di Henrion, ch'era presidente quando fu profferita. Ma secondo me avvi un difetto molto più grave; cioè il distruggere tutte le nozioni ammesse fin'oggi sulla cessione, e consacrate dal Codice civile, che in verun modo intese stabilire una nuova teorìa.

894. Contuttociò io non intendo criticare cotesta decisione, nel suo scopo di legittimare i semplici atti conservativi fatti dal cessionario prima della notificazione del trasferimento. Credo, per esempio, che una iscrizione presa dal cessionario nel suo nome, sarebbe valida, ed ho citato nel mio comento sopra i privilegj e ipoteche (n. 365) i monumenti della giurisprudenza che sostengono questa proposizione. Concepisco che la legge intenda soltanto ad arrestare gli atti di esecuzione contro il debitore non informato del trasferimento (1), o lasciare ai creditori del cedente il libero sviluppo del loro dritto contro il debitore che non ha ancora cambiato creditore; riconosco che la severità non fu spinta al segno di proibire atti conservativi che non tendono ad innovare o ad infrangere dei dritti acquistati. Così, il cessionario prenderà iscrizione nel suo nome, perchè questo è un provvedimento di semplice conservazione, che non turba la posizione di alcuno.

Veramente ho detto sopra (n. 887) che il cedente può fare anch'egli dal canto suo degli atti conservativi. Ma un dritto non impedisce l'altro. Il cedente che può sequestrare, può tanto più conservare il dritto di sequestrare; la ragione per cui egli può il più, fa sì ch'egli possa il meno: mi sorprende trovare dichiarato il contrario nella decisione della corte di cassazione di cui adesso mi occupo. Da un altro lato, il cessionario che ha un quasi-dritto di proprietà sopra il credito, può fare i provvedimenti convenevoli per impedirla di pericolare. I mezzi conservativi vengono considerati favorevolmente; non esiste ragione per intralciarne l'uso, allorchè la legge non vi mette ostacolo.

895. Ma questa indulgenza non è da estendersi ai casi più gravi in cui trattasi di tutt'altro che di misure conservative, in cui bisogna molestare i dritti dei terzi, turbare la posizione che si sono fatta, privarli del benefizio delle sentenze o dei contratti da cui sono investiti. Abbiamo veduto come la influenza di questi principj mosse la stessa corte di cassazione a dichiarare un cessionario non ammissibile in opposizione di terzi contro sentenza ottenuta a danno del cedente dal debitore non vincolato da notificazione (n. 892). Credo si debba dire lo stesso di un rincaro che tende a risolvere il titolo dell'acquirente. Questo acquirente ha, secondo me, il dritto di domandare conto a colui che rincara della notificazione di trasferimento che lo autorizza a quel rincaro; perchè il rincarare è molto più di un provvedimento conservativo.

Avendo stabilito cotesta distinzio-

(1) V. l'art. 108 dello statuto di Parigi, riferito *supra*, n. 882.

ne tra le misure conservative e quelle che hanno un'importanza maggiore, discuteremo le proposizioni emesse dalla corte di cassazione.

896. In primo luogo, mi rendo difficilmente ragione delle prove su cui la corte di cassazione stabilisce che i terzi di cui parla l'art. 1690 son quelli che hanno acquistato dei dritti tra il trasferimento e la notificazione. Questa limitazione è assolutamente nuova; io non ne trovo traccia in nessuno autore. Inoltre mi sembra condannata dal confronto degli artic. 1690 e 1689; imperocchè l'art. 1689 applica la denominazione di terzo al debitore stesso (1). Questa parola ricomparisce nell'artic. 1690 con una significazione simile. Ora il debitore è lontanissimo dal trovarsi nelle condizioni volute dalla corte di cassazione per formare la categoria dei terzi. Dunque, se la interpetrazione della corte di cassazione è falsa riguardo al debitore, potrebbe poi esser più giusta riguardo agli altri interessati (2)? Come! se i creditori del cedente hanno dritti che rimontano ad un'epoca anteriore alla cessione, non potranno sequestrare i danari nelle mani del debitore? Non potranno invocare l'articolo 1690? La corte di cassazione li respingerà perchè privi di veste atta a criticare la mancanza di notificazione!! E pure l'artic. 1690 fu fatto per proteggere i creditori anteriori alla cessione; per impedire che vengano danneggiati da cessioni simulate, si volle una immissione in possesso pubblica e speciale (3). Conviene dire che la corte di cassazione non ha veduto tutta l'importanza della sua proposizione (4); altrimenti l'avrebbe rigettata come un'offesa fatta alla legge.

897. In secondo luogo mi sembra molto inesatto il dire che il cessionario è investito di dritto, *salvo le limitazioni litteralmente consacrate dalla legge*. Gli art. 2214 e 1691 del Codice civile non esprimono veruna limitazione. Essi indicano solamente il principio scritto nell'art. 1690, che vuole non venga trasferito il credito riguardo ai terzi senza notificazione. A senno della corte di cassazione, bisognerebbe dunque dire che il cessionario potrebbe prima della notificazione citare il debitore; perchè l'artic. 2214 vieta soltanto di agire per la espropriazione, e l'artic. 1691 del Codice civile rende validi soltanto i pagamenti fatti al cedente dal debitore; esso non proibisce LITTERALMENTE di agire contro il debitore per quelli che non ha fatti!!! E pure, non vi sarebbe errore più mostruoso di questo in materia di cessione. La verità dunque si è che, salvo gli atti conservativi, il trasferimento non deve avere effetto riguardo ai terzi, qualunque essi siano, prima della notificazione (5).

Da tuttociò dobbiamo concludere, che nella specie giudicata dalla corte di cassazione, l'acquirente poteva respingere il cessionario che non aveva notificato il trasferimento, dicendogli:

(1) *Supra*, n. 885.

(2) Udiamo il signor di Lamoignon (t. 1, p. 138, n. 1): « Il semplice trasferimento non investe dal possesso, nè ha effetto, *riguardo al debitore ed* ALLE ALTRE TERZE PERSONE, fuorchè dal giorno che è stato « notificato. »

(3) *Sopra*, n. 883.

(4) Ecco nei precisi termini simile proposizione: « *Possono dunque invocare l'art.* 1690 *quelli soli* che « hanno acquistato dei dritti tra il trasferimento e la « notificazione che ne fu fatta al debitore. »

(5) Ferrières, sopra Parigi, artic. 108, p. 123, dice: « Questo articolo non ha luogo soltanto per la « esecuzione, ma ancora *per far sì che il trasferimento* « *non abbia effetto* prima della notificazione. »

per me voi siete un estraneo; non vi conosco: e malgrado ciò venite a togliermi il benefizio della mia aggiudicazione. Effettuate il rincaro del quarto, come lo potrebbe un estraneo; ma il rincaro del decimo non è un dritto di cui possiate giovarvi, voi che non siete investito riguardo a me del trasferimento di cui parlate.

899. Ho discorso le principali conseguenze che risultano dalla mancanza di notificazione riguardo ai terzi.

Ma il cedente non potrebbe prevalersi della mancanza di notificazione verso il cessionario; e se egli, cedente, avesse ricevuto il pagamento del credito, il suo compratore potrebbe ricorrere contro di lui in garanzia. Ciò viene spiegato da Lamoignon. « Cionnondimeno, malgrado la « mancanza di notificazione, il tra- « sferimento è valido ed ha effetto a « favore del cessionario contro il ce- « dente per agire in garanzia contro « di lui (1). »

900. Si domanda se la notizia indiretta che il debitore potesse avere del trasferimento potrebbe supplire alla mancanza di notificazione.

Ferrières sostiene la negativa (2). Egli vuole che, quantunque il debitore fosse d' altronde accertato del trasferimento, possa cionnondimeno pagare al cedente; e si appoggia all' autorità di Brodeau. Si può dire a sostegno di cotesta dottrina che, finchè la formalità della notificazione non è adempita, il debitore, sebbene informato della cessione, non sa in modo positivo se il trasferimento debba considerarsi come una cosa reale. Nè può supporre la simulazione, finchè il cessionario non prese un effettivo possesso.

L' opinione di Ferrières non era però senza contraddittori. Possiamo citare tra questi Chopin (3), Baldo (4), etc. Oggi essa annovera tra i suoi avversarj la corte di cassazione, e credo che se i fatti da cui s' intende indurre la notizia del trasferimento nel debitore hanno qualche cosa di certo, se non lasciano dubbio intorno alla volontà del cessionario di prevalersi della cessione, gli avversarj di Ferrières avranno ragione.

Ecco il caso della decisione emanata dalla corte di cassazione.

Perrin, debitore di Lemps della somma di 12,000 franchi, divenne suo creditore di 6,000 franchi mediante un credito sopra di lui da esso comprato. Perrin non fece notificazione. I dritti di Lemps erano passati ad un tal Busco, che gli aveva comprati. Questi citò Perrin per la totalità dei 12,000 franchi. Perrin oppose la compensazione. Busco risponde ch'ei non ha notificato il suo trasferimento, e che quindi non ha potuto esistere compensazione prima che fosse in possesso. Certo, egli diceva, la compensazione opera di pieno dritto; ma per far ciò bisogna che le due persone tra cui si effetta la compensazione siano debitrici l'una dell'altra. Perrin era debitore di Lemps; ma Lemps non era debitore di Perrin, poichè questi non aveva preso possesso del suo credito.

La corte di Grenoble, innanzi a cui si dibattè, accertò il fatto che più di otto mesi prima di veruna procedura dal lato di Busco, Perrin aveva in

(1) T. 2, p. 155.
(2) Sopra Parigi, art. 108, § 1, n. 8.
(3) Sopra Parigi, lit. *Des act. personn.*, n. 18.
(4) Consil. 383, vol. 2.

un dibattimento personale con Lemps, prodotto il suo atto di cessione; che il patrocinatore di Lemps ne aveva avuto positiva notizia; che anche da quell'epoca, Perrin aveva opposto la compensazione; essa concluse da tutti questi fatti che Busco, non essendo divenuto cessionario di Lemps fuorchè dopo (1) ch'essi avevano esercitata la loro influenza sulle parti, non poteva opporsi alla compensazione (2).

Nell'appello, la corte di cassazione, camera civile, mantenne la decisione della corte reale con sentenza del 13 Luglio 1831 (3). A me sembra giustissima: Perrin aveva nel dibattimento giudiciario e contradittorio, manifestata l'intenzione di approfittare del credito da lui comprato. Perciò ne aveva preso un vero possesso, nè si poteva permettere a Lemps di nuocere alla compensazione con una cessione che senza ciò avrebbe ogni apparenza di frode (4). È regola che un credito compensato non possa cedersi (5). Quando Busco divenne cessionario di Lemps, il credito si era estinto per metà. Egli non poteva avere maggior dritto del suo cedente.

901. Si domanda se una simile notizia avuta indirettamente dal debitore può per sua natura vincolarlo, e possa opporsi ai terzi come sufficiente ad avere investito il cessionario.

Tal quistione fu sottoposta al giudizio della corte di cassazione, che l'ha decisa contro i terzi con sentenza della camera dei ricorsi del 25 Luglio 1832 (6).

Un credito sopra Delaunay era stato oggetto di moltiplici trasferimenti. Dal Fould era passato a Jouenne, il quale fece decretare i sequestri; da Jouenne fu ceduto a Prudhomme, che l'aveva venduto a Ardouin, dopo effettuate anch'egli delle opposizioni. Fould pretese che tutte coteste cessioni fossero simulate e fraudolenti; ch'egli solo era proprietario del credito sopra Delaunay. Una sentenza contumaciale intervenuta tra lui e Prudhomme decise la cosa in quel modo, e Prudhomme lasciò che passasse in forza di cosa giudicata. Ma Ardouin formò terza opposizione nei termini utili, come cessionario di Prudhomme. Fould gli obbiettò che la sua cessione non venne notificata al debitore.

Intervenuta la corte di cassazione, considerò che Delaunay era stato parte in tutta la causa avvenuta a cagione dei sequestri decretati a favore di diversi possessori del credito; che però egli aveva avuto notizia bastante ed officiale del trasferimento, ed aveva saputo in quali mani dovesse pagare; che così l'intento dell'artic. 1690 era raggiunto.

Tal decisione mi sembra repugnare singolarmente al concetto di quest'articolo, secondo cui il consenso del debitore al trasferimento vuolsi effettuare con atto autentico. Supponiamo che il debitore accetti il trasferimento con atto privato; quest'accettazione non avrà effetto riguardo ai terzi. Or bene, nel caso in discorso, il debitore non aveva nè accettato nè ripudiato il trasferimento; egli

(1) Ponete mente a queste circostanza importante.

(2) Dal., 29, 2, 125.

(3) *Idem*, 31, 1, 242.

(4) E però la corte di cassazione parla di frode tra il cedente ed il cessionario.

(5) Voet, ad Pand., *De compens.*, n. 4. Toullier, t. 7, n. 352.

(6) Dal., 33, 1, 67.

aveva taciuto; era rimasto spettatore neutrale del conflitto relativo alla realtà della cessione. In tale stato di cose, era razionale lo ammettere che questo stato passivo del debitore dovesse produrre maggiore effetto di un' accettazione formale con scrittura privata?

Veramente abbiamo ammesso nel numero precedente che il debitore è vincolato da una cognizione indiretta. Ma, come lo diremo in breve, egli si trova in una posizione diversa dagli altri terzi, poichè, a vincolare questi, la legge esige un' accettazione autentica, mentre un'accettazione privata basta perchè non possa pagare tra le mani del cedente (1).

Del resto, esiste un punto che mi sembra al coperto da ogni controversia; ed è che la cognizione indiretta che i terzi, fuori del debitore, avessero della esistenza del trasferimento, non notificato nè accettato, non potrebbe impedir loro di sequestrare per conto del cedente tra le mani del debitore, e che un secondo cessionario non dovrebbe considerarsi di mala fede, nè si dovrebbe posporre ad un primo cessionario che non avesse notificato il suo trasferimento, mentrechè il suo fosse rivestito di cotesta formalità (2). Invano si obbietterebbe l'art. 1142 del Codice civile; la sua disposizione non è qui applicabile. La materia dei trasferimenti è regolata da principj particolari. Tutto è imperfetto riguardo ai terzi, finchè la notificazione non è fatta. Che monta la cognizione della cessione, quando senza notificazione essa si presume simulata e non reale riguardo ai terzi?

Ho parlato poc'anzi dell' accettazione del trasferimento del debitore, fatta in un atto autentico, come di un equipollente legale della notificazione (art. 1690).

Sarebbe indifferente che simile accettazione fosse contenuta nel titolo istesso che racchiude il trasferimento, purchè fosse autentico. La legge non esige che l'accettazione sia fatta separatamente; essa vuole soltanto che vi sia accettazione solenne.

Ma quest' autentica accettazione non è necessaria che per la sicurezza dei terzi. Se il debitore avesse accettato con atto privato, sarebbe obbligato, giusta l'art. 1322 del Codice civile; il cessionario sarebbe investito riguardo a lui, nè potrebbe arrecargli danno ogni pagamento fatto al cedente ad onta del detto impegno. Avverrebbe lo stesso se l'accettazione fosse verbale, purchè fosse provata da una confessione o in qualunque altro modo (3); o eziandio se risultasse implicitamente da un fatto che contenesse un' adesione necessaria, come per esempio se il debitore pagasse al cessionario una porzione della somma dovuta, o degl'interessi o delle annualità (4). È chiaro che il fatto del pagamento equivale all'accettazione.

902. La notificazione del trasferimento si deve fare con atto di usciere alla persona e al domicilio.

Non è necessario che la citazione contenga una copia litterale ed intiera dell'atto di cessione. Basta che la

(1) *Infra*, n. 890.
(2) Duranton, t. 16, n. 499.
(3) Duranton, t. 16, n. 496.

(4) Ferrières, sopra Parigi, art. 108, § 1, n. 13. Malleville, art. 1690. Rousseau de Lacombe, v° *Transport*. Dalloz, *Vente*, p. 915, n. 18.

notificazione faccia conoscere in modo positivo ed equipollente l'atto in virtù del quale essa è fatta. L'art. 108 dello statuto di Parigi prescriveva di notificare il trasferimento alla parte, e *darne copia prima di effettuarlo*. Ma il Codice ha soppresso nell'artic. 1690 queste parole: *darne copia* (1), e cotesta soppressione ha un significato molto espressivo.

Si agitò innanzi alla corte di Parigi la quistione se, quando il debitore è uno straniero, la notificazione si renda perfetta in virtù dell'adempimento delle formalità volute dall'art. 69 del Codice di procedura civile per gli aggiornamenti, o pure, se bisogna seguire la disposizione dell'art. 560 del Codice di procedura civile, al titolo dei sequestri, la quale esige che il sequestro venga notificato alla persona o al domicilio, anzichè innanzi al procuratore regio. Con decisione 28 Febbrajo 1825 (2), quella corte si dichiarò per l'applicazione dell'art. 560. La decisione mi sembra giuridica, sebbene rigorosa. E la ragione n'è questa (3), che *la notificazione del trasferimento equivale a sequestro*, come dicono i pratici (4), che anzi in qualche cosa è più grave di quell'atto di esecuzione, poichè attribuisce una immissione e un possesso legittimo dell'oggetto ceduto; che per ciò un motivo irresistibile d'identità costringe ad applicare l'art. 560 del Codice di procedura civile, che ha raddoppiate le cautele acciò il debitore, che ha cognizione positiva e personale della opposizione, non effettui verun pagamento a danno del creditore.

903. Fra più notificazioni fatte lo stesso giorno, la preferenza spetta a quella che fu fatta prima, quando l'ora di ciascheduna è indicata. Non bisogna applicare qui l'art. 2147 del Codice civile; così ha giudicato la corte di Nancy, decisione del 18 Giugno 1833 (5), ch'ebbi occasione di citare nel mio comento sulle ipoteche, t. 4, p. 207, 210 e seg.

904. La notificazione si può fare dal cessionario ed eziandio dal cedente. L'art. 1691 lo decide espressamente. L'interesse del cessionario è evidente. Esso fu già spiegato. L'interesse del cedente non è egualmente diretto. Contuttociò, può voler troncata ogni relazione col debitore, e far conoscere ch'egli non è più interessato. In tal caso affretta l'immissione in possesso a favore del compratore del credito. Egli abbonda nella soddisfazione de'suoi obblighi come venditore, nel tempo che fa dei provvedimenti analoghi a'suoi dritti.

905. Se la notificazione del trasferimento è nulla, la cessione non produce effetto riguardo ai terzi (6).

906. Non è necessario notificare il trasferimento, quando trattasi di cambiali e di biglietti all'ordine (art. 136 del Codice di commercio); imperocchè, come dice Bourjon (7), nel commercio cotesti fogli si considerano come moneta.

Ma come dovremo decidere se il biglietto all'ordine si riferisce ad un

(1) Decisione della corte d'Orléans, 26 Febbrajo 1813 (Dal., *Vente*, p. 915). Decisione della corte di Tolosa dell'11 Gennajo 1831 (Dal., 31, 2, 217).

(2) Dal., 26, 2, 60.

(3) Non bisogna cercarla nella decisione, i cui motivi sono deboli.

(4) Bourjon, t. 1, p. 465, col. 2, n. 9.

(5) *Junge*, Bruxelles, 30 Gennajo 1808 (Sirey, 7, 2, 1253).

(6) Cassaz., 3 Pratile anno IX (Dalloz, *Vente*, nota 1).

(7) T. 1, p. 465, n. 3.

credito munito di una ipoteca validamente costituita? Si trasmetterà forse per via di gira il benefizio di quella ipoteca, senza che sia necessario conformarsi alla disposizione dell' artic. 1690? La quistione è stata testè agitata con molto impegno innanzi alla corte di cassazione. E Dalloz, procuratore dell' attore, ha dimostrata la soluzione affermativa data dalla corte reale di Lione, come compromettente del tutto il nostro sistema ipotecario, e quale uno sforzo violento per giungere alla mobilizzazione del suolo, ed alle cedole ipotecarie della legge dell' 11 Messidoro anno III (1).

Simile quistione si può presentare in combinazioni diverse.

1º Un debitore costituisce mediante atto autentico, un' ipoteca sopra i suoi beni, per una somma che gli fu prestata. Ecco un' ipoteca basata solidamente sopra i fondamenti ordinarj del credito privato.

In seguito egli crea de' biglietti all' ordine fino a concorrenza della somma di cui è debitore. In que' biglietti egli rammenta l' ipoteca che protegge il dritto del creditore; e consente che l' iscrizione presa da questo militi a favore di coloro a cui perverranno que' biglietti mediante gira, fino a debita concorrenza.

Questo caso si è presentato innanzi alla corte di Rouen, la quale, nel suo giudicato del 9 Marzo 1830, ha deciso che la gira era stata efficace per far passare il benefizio della ipoteca ai varj possessori di quelle lettere di cambio negoziabili; l'art. 1690 fu dichiarato da essa inapplicabile a quel modo speciale di trasmissione. La corte di cassazione ha rigettato l' appello contro cotesta decisione, con decreto della camera dei ricorsi del 10 Agosto 1831 (2).

2º Un individuo si dichiara debitore con biglietto all' ordine fatto nella forma autentica, e nell' atto stesso, costituisce un' ipoteca sopra i suoi beni (3).

La gira che fa passare il credito da una mano all'altra, può forse trasmettere del pari la garanzia ipotecaria che forma la sicurezza del creditore? La corte di Lione ha giudicato il 4 Giugno 1830, che nulla opponevasi a questo modo particolare di cessione, per motivo che il trasferimento di un credito, include virtualmente cessione dei suoi privilegj e ipoteche (4); si appellò contro simile de-

(1) Dal., 33, 1, 353.

(2) Dalloz, 31, 1, 303. V. una sentenza conforme pronunziata in circostanze pressochè eguali (Dalloz, 25, 1, 201). Questa sentenza fu pure emanata dalla corte di Rouen, e confermata in cassazione il 15 Marzo 1825. Trattavasi di beni venduti per 78,725 fr.; e si osservi che nell'atto di vendita contenente il dritto di privilegio del venditore, era fatta menzione dell' emissione de' biglietti all' ordine che servirebbero a pagare il venditore. Fu giudicato che tali biglietti avevano trasmesso intatto il privilegio. In breve discuterò questa sentenza.

(3) Il quesito di sapere se un biglietto all' ordine possa farsi in forma autentica da notajo, è affermativamente deciso da Merlin (Répert., *Lettre et Billet de Change*, § 2, pag. 403, e t. 16, p. 618), e da Pardessus (t. 2, p. 374, n. 330). Gravi obbiezioni per altro possono farsi contro tale opinione, e le principali furono sviluppate dal Dalloz, nella causa di cui poc' anzi feci parola (33, 1, 354). Le denominazioni di *Biglietto* all' ordine, di *Lettera* di cambio, di *girata*, non indicano esse un obbligo di scritta privata circolante in originale? Non escludono esse l' idea di un atto autentico? La *girata* può esser altro che un trasferimento con scritta privata apposta sopra l' originale medesimo? Confesso che gravi a me sembrano tali obbiezioni; ma questo non è il luogo per discutere le difficoltà. Ammetto per un istante, con Merlin e Pardessus, la possibilità d' un biglietto all' ordine fatto con atto autentico, e bisogna convenire che la pratica offre esempio di simili biglietti.

(4) Dal., 33, 1, 353.

cisione. Ma la corte regolatrice fece bugiardo il nobile epiteto che comunemente le vien dato, e che merita le tante volte. Intimorita dalle infauste previsioni del Dalloz nella sua istanza, essa si astenne dal trattare alla scoperta il punto di dritto, e prese una via di compenso meschinissima, un motivo d'inammissibilità frivolissimo, secondo il giudizio dell'avvocato generale Laplagne-Barris.

Quanto a me, confesso che non considero simile quistione come di sì gran momento quanto sembra a taluni. Il mezzo della gira mi sembra praticabile quanto ogni altro, per trasferire un'ipoteca validamente consentita in origine e compiuta ne'suoi elementi. Eccedono ne'timori coloro che considerano cotesto modo di trasmissione come un ritorno al pericoloso sistema della legge dell' 11 Messidoro anno III.

Se cotesta legge venne respinta con ispavento a cagione del crollo funesto che dava alla proprietà fondiaria, ciò non avvenne perchè autorizzava la cessione dell'ipoteca, col mezzo pronto e facile della gira. Nessun timore può generare la circolazione più o meno rapida dell'ipoteca; anzi, col crescere della sua attività, cresce il movimento degli affari e la fiducia negl'imprestiti sopra garanzia immobiliare. Ma il vizio radicale della legge 11 Messidoro era nella costituzione stessa dell'ipoteca, anzichè nella sua trasmissione. Essa permetteva in fatti di prendere ipoteca sopra sè stessi, vale a dire prima che fosse contrattato alcun obbligo dal proprietario verso un terzo. Non era più la ipoteca ordinaria secondo che si concepisce da tutti, aggiungentesi ad una obbligazione preesistente cui soccorreva colla sanzione. Quì l'ipoteca precedeva l'obbligazione. La sua data era anteriore al bisogno, e conseguentemente lo faceva nascere, lo stimolava, lo spingeva all'eccesso. Un uomo senza debiti, ma che per speculazioni d'aggiotaggio, di giuoco, anzichè per onesti progetti, voleva procurarsi un credito istantaneo, poteva infrangere ogni limite che il dritto civile impone alle disposizioni abusive della proprietà fondiaria; presentavasi al conservatore delle ipoteche, gli faceva una dichiarazione de'suoi beni territoriali, e si faceva consegnare delle cedole ipotecarie fino a concorrenza dei tre quarti del prezzo venale degl'immobili che possedeva. Queste cedole ipotecarie potevano dividersi e suddividersi in biglietti che si negoziavano per via di gira. Era una carta moneta garantita dai beni dichiarati. Così, il legislatore mobilizzava il suolo in tutta l'estensione del termine; lo metteva in portafoglio; lo convertiva in una nuova specie di *assignati* il cui destino infallibile era quello di non potersi negoziare senza perdita e di velare l'usura la più incomportabile. Seminava i pericoli intorno al padre di famiglia; eccitava e infiammava i desiderj di mutazione, i progetti arrischievoli, la manta di speculare; apriva un abisso per precipitarvi il proprietario dopo averlo rovinato colle facilità disordinate che a lui porgeva. Un giuocatore poteva avventurare alla *rullina* una cedola ipotecaria rappresentante il campo paterno, come vi si avventura una moneta d'oro; si poteva impegnare in una scommessa la casa ereditaria per una corsa di cavalli, come si scommette una moneta corrente che si dà alla mano. In tal modo i più solidi patrimonj si sareb-

bero distrutti senza che ne rimanesse traccia, ed allo spirito di proprietà e di conservazione sarebbe succeduto dovunque lo spirito di aggiotaggio. Ecco quali erano le conseguenze fatali di cotesta mutazione della proprietà fondiaria in una carta moneta. In ciò il concetto della legge 11 Messidoro anno III violentava la natura della proprietà fondiaria, la quale non si deve alienare o impegnare se non a misura dei bisogni e con prudenti cautele. Ma in che cosa si può paragonare quel sistema violento che sommoveva il suolo dai suoi fondamenti, e serviva di fomite al dissipamento, al giuoco, ai più gravi disordini, con una convenzione ipotecaria fatta conforme alle regole del dritto comune, protetta fin dal suo nascere da un atto pubblico, determinata dalla necessità di un imprestito di cui tutte le condizioni hanno potuto sottoporsi ad una discussione fredda e prudente? Confesso che non so vedere cotesta somiglianza. Essa esiste soltanto nel modo di trasmissione del dritto ipotecario stabilito in circostanze così diverse. Ma cosa importa finalmente ciò, poichè quel dritto è essenzialmente trasmissibile in un sistema come nell'altro?

Ed osservate che sotto l'impero del Codice civile la cessione d'un'ipoteca non è sottoposta a veruna iscrizione *ad hoc* (1). Drittamente o a torto, la legge ha voluto che un'ipoteca potesse trasmettersi per operazioni occulte. Senza dubbio ne possono resultare inconvenienti tra cessionarj che sono esposti a conoscersi per la prima volta presentandosi alla graduatoria. Ma nello stato della legislazione e della giurisprudenza, bisogna accettare quel risultamento. Ora, non è forse indifferente pei principj fondamentali del regime ipotecario, che le cessioni d'un'ipoteca valida si facciano in un modo o nell'altro, mediante il trasferimento ordinario o la gira? Cotesto sistema non può soffrirne alterazione essenziale, dacchè non se ne occupa.

È poi vero che vi sieno dei motivi particolari tolti dal dritto comune, che facciano una legge di proscrivere le cessioni di un'ipoteca per via di gira? A senno mio non ne esistono di talmente gravi per toglicre alle parti quel mezzo che in sè stesso è affatto legale. Potrà forse risultarne qualche nuova complicazione inopinata e difficile. Ma quando la legge non ha proibito un atto, la libertà delle transazioni deve prevalere.

Nel sistema che ammetto si sono temute le antidate; ma perchè dovremmo noi temerle più qui che nelle operazioni così numerose e così vaste, in cui le cedole negoziabili sono di dritto comune? Dobbiamo inoltre osservare che Dalloz, il quale accennava cotesto timore, parlava di un caso in cui non eravi la più lieve apparenza di antidata. Il biglietto all'ordine era rogato dal notaro; esso conteneva la stipulazione dell'ipoteca. Lo pretendevano estinto da una dazione in pagamento fatta dal debitore diretto al creditore diretto. Ma questa dazione in pagamento non era indicata sul biglietto all'ordine, nè poteva esserlo, poichè il creditore stesso aveva ceduto il biglietto all'ordine di un terzo prima di quel pagamento. Ogni cosa si era effettuata di buona fede; soltanto avevano fatto errore le parti, non avendo osservato che una dazione in pagamento accordata a uno

(1) Mio comento sulle Ipoteche, n. 609.

dei possessori intermedj non può nuocere alla solidità del biglietto, che già circola in altre mani.

Manca egualmente l'antidata e la frode nel caso giudicato in cassazione nel 10 Agosto 1831, ed in quello che ha dato luogo alla decisione del 15 Marzo 1825.

La difficoltà non è dunque in ciò; d'altronde i magistrati avranno sempre il mezzo di ristabilire i dritti della buona fede, qualora le parti li dimenticassero.

Ma un punto che forma una seria difficoltà s'incontra quando, in conseguenza di una subalienazione, havvi luogo di purgare l'immobile gravato da un'ipoteca trasmissibile col mezzo della gira. Bisogna allora conciliare la regola che permette al compratore di pagare i crediti non esigibili, con quella che si oppone al valido pagamento di una cedola negoziabile prima della sua scadenza. Attenendosi alle disposizioni del dritto civile, non si corre il rischio di togliere ad una cedola negoziabile il carattere di moneta in corso che è ad essa inerente, o almeno di diminuire le garanzie ipotecarie di cui l'hanno rivestita le parti?

Per comprender meglio la importanza di cotesta difficoltà, osserviamo il caso giudicato dalla corte di cassazione 15 Marzo 1825.

Lecamus padre doveva a Tassin, di Orléans, 160,000 franchi ipotecati sopra più fondi. Il 6 Marzo 1817, vendè alcuni di questi immobili a suo figlio per 78,725 fr. Il prezzo ne venne assegnato a Tassin, il quale ricevve in pagamento otto biglietti all'ordine, a varie scadenze, pagabili al domicilio di Cheveraux, banchiere a Rouen. Bisogna osservare che il contratto di vendita fa menzione della costituzione e della consegna di cotesti biglietti, che sono segnati e legalizzati dal notaro. Perciò i detti biglietti venivano identificati colla vendita, s'incorporavano al privilegio del venditore, e scopo loro era il trasmettere lo stesso privilegio a tutti quelli nelle cui mani passerebbero mediante la gira.

L'atto di vendita fu trascritto il 26 Marzo 1817. Il conservatore accese la iscrizione di ufficio: tutti quelli che in seguito dovevano contrattare con Lecamus figlio, avevano con ciò il mezzo di conoscere la creazione dei biglietti all'ordine, e le convenzioni intervenute tra le parti.

Il 14 Aprile e 17 Dicembre 1818, Lecamus figlio vende ai signori Lemasquerier e Lachenaye, due case comprate da suo padre. Ne viene pagato il prezzo, 18,000 fr., a Tassin, che ne dà quitanza autentica. Onde procedere regolarmente, Tassin, che non aveva ancora negoziato i biglietti all'ordine creati all'epoca del contratto de'6 Marzo 1817, avrebbe dovuto consegnarne a Lecamus figlio fino a concorrenza dei 18,000 fr., o almeno avrebbe dovuto notarvi in margine cotesto acconto; ma non lo fece. Tale si fu l'origine delle difficoltà che nacquero in seguito. Del resto, lo iscrizioni di Tassin continuarono a sussistere nella loro integrità primitiva.

Durante il 1818, Lecamus figlio dette ipoteca per 54,600 fr., sopra i beni che gli rimanevano e che erano gravati del privilegio di venditore, a un tal Picard, suo creditore.

Il 26 Febbrajo 1820, Tassin cede al banchiere Cheveraux il suo credito risultante dall'atto de' 6 Marzo 1817, del pari che gli otto biglietti che sommavano a 78,725 fr. Il prezzo è de-

terminato a 41,000 franchi; non si fa menzione dei 18,000 fr. ricevuti da Tassin nel 1818, e quello che è peggio, Lecamus figlio interviene nella cessione, l'accetta, e dichiara che la somma originaria di 78,725 fr. è dovuta in totalità.

Il 18 Novembre 1820, Lecamus figlio vende altri beni provenienti dal contratto del 1817. Si apre la graduatoria: Cheveraux pretende esser collocato, come creditore privilegiato, per l'ammontare di quanto gli è dovuto in virtù della sua cessione.

Allora Picard gli oppone che quando è divenuto cessionario di Tassin, il credito originario era ridotto di 18,000 franchi; che bisogna conseguentemente dedurre questa somma dall'ammontare della collocazione domandata da Cheveraux.

Ma questi risponde: Sono possessore di biglietti negoziabili; è essenza di queste obbligazioni, che quando sono messe in circolazione, abbiano pe'terzi possessori lo stesso valore di una moneta corrente. Per questa ragione le somme ricevute a conto da Tassin, ma di cui non fanno menzione i biglietti, non sono da opporsi a coloro cui vennero ceduti pel loro valore nominale. Ora, siccome sono protetti da un privilegio di venditore che loro è inerente, conviene concluderne che, avendo valore per la totalità, il dritto reale che gli accompagna sussisterà del pari senza diminuzione.

Fu questo il sistema che la corte di Rouen adottò con decisione 3 Marzo 1824. Essa vincolò i biglietti al privilegio, e siccome, dietro i principj incontrastabili in materia di cedole negoziabili, cotesti biglietti all' ordine facevano sussistere il credito intiero, essa dichiarò che la collocaziune privilegiata di Cheveraux doveva aver luogo per la totalità, tanto più che Cheveraux era stato di buona fede. Soltanto, riservò a Picard tutti i suoi dritti contro Tassin pei 18,000 fr.

Nel ricorso in cassazione, Picard proponeva questo dilemma: O i biglietti dipendono dalla vendita, o sono dalla medesima isolati. Nel primo caso, il dritto di Cheveraux doveva essere limitato; poichè non si può negare non sia stata pagata una porzione del prezzo di vendita; 18,000 fr. in conto erano stati sborsati da un terzo detentore. Ora, il privilegio che resulta dal contratto di vendita, non può avere un valore maggiore degli effetti medesimi di quel contratto; dal momento che una porzione del prezzo fu pagata, il privilegio ha necessariamente sofferta la stessa riduzione. L'azione di Cheveraux, in quanto ai 18,000 fr., è un'azione puramente personale procedente non già dal contratto di vendita, saldato in questa parte, ma dalla natura dei biglietti; dunque bisogna escludere l'azione ipotecaria.

Nel secondo caso, vale a dire se i biglietti furono creati isolatamente dalla vendita, è anche più chiaro che essi nun dovranno domandare protezione fuorchè ai principj relativi alla trasmissione degli effetti negoziabili, e nun al regime ipotecario, che è loro estranco.

Malgrado ciò l'appello fu rigettato con decisione della sezione dei ricorsi del 15 Marzo 1825 (1). Citerò soltanto i motivi seguenti, da cui resulta tutto il concetto della decisione.

« Considerando che la decisione

(1) Dal., 25, 1, 201. Sirey, 26, 1, 61. Palais, 33, p. 137.

« suddetta ha potuto .... conchiude-
« re che l'atto di vendita e la creazione dei biglietti formavano un solo atto indivisibile, e che la qualità dei biglietti rannodasi al privilegio del venditore; ..... attesochè mediante la trascrizione della vendita del 1817 e le iscrizioni prese in conseguenza, *l' esistenza* ed *il carattere* dei biglietti all'ordine, creati dall'atto stesso della vendita, avevano acquistato la pubblicità richiesta dalla legge; dal che derivava, che fino da quel momento tutti quelli che contratterebbero con Lecamus figlio erano abilitati a conoscere che potrebbero esser preceduti dal possessore dei biglietti messi in circolazione, qualunque fosse l'epoca della gira fattagliene;

« Attesochè la natura impressa a quei biglietti nel 1817 non poteva venir cancellata se non si annullavano i biglietti medesimi e le iscrizioni suddette;

« Attesochè Picard non è divenuto creditore di Lecamus figlio fuorchè nel 1818, per cui consegue che i dritti di Cheveraux, risalendo al 1817, hanno dovuto prevalere sopra quelli dell' attore nato dopo. « — Rigetta. »

Si scorge qual'è l'idea che ha dominato la corte di cassazione. I biglietti all'ordine creati dal compratore erano la sola moneta con che si dovevano pagare gl'immobili venduti. Onde liberarsi, bisognava che il soscrittore facesse quitanzare i biglietti, od ottenesse il loro annullamento convenzionale. Altrimenti il debito sussisteva ed il privilegio con esso.

Questa decisione è grave e feconda di conseguenze. Forse la corte di cassazione non ne ha scorta tutta la importanza, perchè altrimenti non avrebbe seguito una teorica che può suscitare il disordine nel sistema ipotecario. Supponiamo, in fatti, che Cheveraux, non avendo trovato da pagarsi sopra i beni esistenti, abbia preteso esercitare l' azione ipotecaria contro Lemasquerier e Lachenaye, acquirenti di buona fede dell'immobile per 18,000 franchi; spingendo le conseguenze della decisione di cassazione, egli avrebbe potuto farlo senza difficoltà. Imperocchè se il suo privilegio sussisteva illeso verso un creditore ipotecario, esso doveva per la stessa ragione conservare tutta la sua energia riguardo a un terzo detentore. Il pagamento de' 18,000 fr. fatto dai due acquirenti non aveva estinto il privilegio mentre lasciava sussistere i biglietti, poichè l'annullamento del privilegio dipendeva dall'annullamento dei biglietti.

Ma questo risultato è così crudele ed ingiusto che l'animo repugna ad ammetterlo, e non credo che la legge voglia consacrarlo.

Il terzo detentore gode d' una facoltà accordatagli per giovare alla proprietà; la facoltà, cioè, di purgare e soddisfare immediatamente i debiti esigibili o non esigibili (1). Questo dritto, o per dir meglio, questa obbligazione al tutto favorevole alla liberazione degl'immobili trovasi in contraddizione cui principj del dritto commerciale sul pagamento dei fogli negoziabili, principj giusta i quali il debitore non può anticipare i termini del pagamento (2). Ma è chiaro che qui bisogna preferire il dritto civile. Imperocchè, consentendo all' adozione

(1) Art. 2183. Il mio com. sulle Ip., n. 927.
(2) Pardessus, n. 199.

de' fogli negoziabili per trasmettere i dritti ipotecarj, esso non ha potuto consentire ad annullare sè stesso. Tocca ai titoli negoziabili l' adattarsi alle regole fondamentali del regime ipotecario in cui chiedono d'essere ammessi.

Il terzo detentore si libererà dunque mediante un pagamento attuale. Ma presso cui pagherà egli? Dovrà andare a cercare i terzi possessori del biglietto e arrestare nelle loro mani la circolazione di quel foglio, onde distruggerlo o diminuirne il valore? Non posso credere che gli venga imposta una simile obbligazione. Senza dubbio, il terzo detentore che la legge stimola a liberarsi, deve far premura al creditore perchè riceva quanto gli è dovuto. Ma, bisogna avvertire ch'egli non deve trattare con altri fuori col venditore indicato nell'iscrizione (Art. 2183, 2186), e nulla l' obbliga a darsi pensiero di quelli che per via di gira saranno divenuti in seguito cessionarj dell'ipoteca o del privilegio. Egli oltre a ciò potrà fare il deposito, prenderne quitanza, e radiare le iscrizioni (1). In tesi generale il terzo detentore conosce soltanto le iscrizioni; quando paga le iscrizioni (se posso esprimermi così), è fuori de'suoi obblighi. L'immobile s'intende liberato. Ammesso ciò, perchè dovrebbe egli occuparsi della quistione di sapere se i biglietti creati per far muovere l' ipoteca furono quitanzati o ridotti a minor valore? È possibile che cotesti biglietti sieno in giro, e che non si possano produrre attualmente. L' acquirente che non ha fatto aspettare il suo pagamento, non deve aspettare la sua liberazione definitiva. Tale liberazione non deve soffrire ritardo, specialmente a motivo di aggiustamenti particolari avvenuti fra il creditore nominato e i suoi cessionarj. Il terzo detentore ha in mano la sua quitanza; ciò basta per esonerarlo. Pensino i possessori di quei biglietti ad accomodarsi come credono meglio. Egli non è più debitore.

Non è esatto dire, colla corte di cassazione, che un pagamento stipulato in biglietti negoziabili avendo un carattere ipotecario, non può farsi fuorchè colle regole speciali per quel genere di moneta convenzionale, sotto pena d'aver pagato male. Si scorge che, quando le combinazioni del sistema ipotecario chiamano un terzo detentore ad estinguere il credito, il pagamento può eseguirsi da lui, secondo le leggi civili, e quel pagamento libera l'immobile dall'onere dell'ipoteca. Senza dubbio, l'azione personale de'possessori dei biglietti pregiudicati da pagamenti che possono essere stati fatti, sussiste in tutta la sua forza contro il soscrittore. Ma sono loro chiuse oggimai le vie ipotecarie. Altrimenti la stabilità degli acquisti soffrirebbe un'offesa vitale; le purgazioni incontrerebbero difficoltà gravissime, e sarebbero perduti i risultati favorevoli del sistema ipotecario.

Ammesso ciò, bisogna necessariamente concludere che i principj secondo i quali abbiamo testè definito la posizione del terzo acquirente, devono regolare egualmente quella dei creditori ipotecarj tra loro. Poichè l'ipoteca venne estinta dal pagamento, quindi non può perpetuarsi per aspirare a una seconda graduazione. I creditori ipotecarj avranno dritto di prevalersi della estinzione di quella ipoteca per

(1) Artic. 2186 del Codice civile, e 772 del Codice di procedura civile. Il mio comento sulle Ipoteche, n. 960.

rimandare il possessore dei biglietti a farsi pagare in forza dell'azione personale, e per allontanarlo dalla graduatoria. Non è novità in dritto che un'azione rivestita in origine del doppio carattere di personale e d'ipotecaria, perda il soccorso dell'ipoteca per rimanere pura personale (1). E però i biglietti conserveranno sempre i privilegj che il dritto commerciale attribuì alla loro natura negoziabile. Ma, in quanto concerne i privilegj ipotecarj da essi tolti al dritto civile, verranno costretti a subire l'impero del dritto comune. Rimarranno sempre moneta corrente; tale è la loro essenza; ma cesseranno dall'esser moneta avente ipoteca; imperocchè cotesta è una condizione avventizia, una circostanza estrinseca alla loro natura abituale.

2° Cessa egualmente d'esser necessaria la notificazione del trasferimento quando trattasi della cessione delle azioni al latore (art. 35 del Codice di commercio (2); 3° delle azioni della banca di Francia (3); 4° delle rendite sullo stato, la cui traslazione si effettua in un modo particolare, vale a dire mediante un trasferimento sui registri del tesoro, siccome dirò *infra*, n. 926, in nota.

907. Nè questo è tutto, e ponderando i termini degli art. 1689 e 1690 confrontati, siamo indotti a decidere che tutte le cessioni di dritti incórporali non sono soggette a notificazione al debitore; che, in somma, vuolsi fare soltanto pei trasferimenti *d'un credito*, *di un diritto*, *o di un'azione ad un terzo*.

Così, per esempio, una cessione di dritti successorj non ha bisogno di essere notificata, quantunque un dritto successorio sia in qualche guisa incorporale (4). Abbiamo un giudicato conforme della corte di Tolosa, 24 Novembre 1832, « attesochè Cros era « investito del possesso indipendente- « mente da ogni notificazione del suo « titolo ai coeredi di Rosa Malaterre, « dei dritti successorj di questa, ven- « dutigli con atto 9 Aprile 1816; che « l'art. 1690 del Codice civile non è « applicabile a una cessione o vendita « di dritti ereditarj (5). »

Questa decisione è del tutto giuridica, malgrado il suo laconismo un po'assoluto. I dritti successorj non sono dritti *sopra un terzo*, ma sono dritti sopra un'eredità, che in qualche guisa è impersonale; la successione forma un ente distinto, diverso dagl'individui chiamati a raccoglierla; n'è prova evidente la successione accettata con benefizio d'inventario, o che fu oggetto di una domanda di separazione di beni.

908. La corte di cassazione non si è contentata di ciò; essa ha giudicato, decisione 3 Luglio 1827 (6), che l'art. 1690 del Codice civile non concerne la cessione d'una contrattazione fra negozianti, in proposito di merci da consegnare. Ecco i fatti.

Daguin si era obbligato a conse-

(1) Il mio comento sulle Ipot., n. 878 *bis*.

(2) Ed anche di biglietti al latore, creati spontaneamente, conforme alla legge del 15 Termidoro, anno III. La corte di cassazione ha giudicato, decisione 10 Novembre 1829 (Dal., 29, 1, 385), che la cessione d'un biglietto al latore si effettua alla mano, e che la proprietà risulta dalla semplice tradizione a favore del presentatore.

(3) Decreto del 15 Gennajo 1808.

(4) Arg. d'una decisione della corte di cassazione, 16 Giugno 1829 (Dal., 29, 1, 271).

(5) Dal., 33, 2, 89.

(6) Dal., 27, 1, 289.

gnare a Debrye e Lefèvre, possessori di ferriere, 800,000 chilogrammi di lavori di ferro, di cui 200,000 chilogrammi l'anno. Debrye e Lefèvre avevano già ricevuto 400,000 chilogrammi, quando fecero cessione verbale del loro contratto a Bouchard. Daguin si sottopone agli effetti di cotesta cessione; Bouchard cede a Ardaillon e C. la contrattazione di cui si parla; ma Daguin nega consegnare alla casa Ardaillon, e Bouchard, adducendo che la cessione incaricava i cessionarj di fare eseguire il trattato, ricusa intervenire. Sentenza che ordina a Daguin di consegnare alla casa Ardaillon e C. *nel nome soltanto e come mandataria* di Bouchard, obbligando questo a mettersi in regola con Daguin.

Appello di Bouchard. Egli oppone che la casa Ardaillon non ha notificata la cessione, conforme all'art. 1690 del Codice civile; che però alla medesima soltanto debbonsi imputare le difficoltà ch'essa incontra.

Su di che, decisione della corte di Digione del seguente tenore: « Considerando che l'art. 1690 non è applicabile nel caso; e che uno dei « principali motivi di questa esclusione si è che non si tratta di un affare civile, ma *di un affare commerciale che dev'essere eseguito secondo « l'uso*, *e particolarmente secondo le « regole della buona fede*; che Ardaillon e C. hanno adempiuto a tutte « le condizioni del loro trattato nel « modo il più completo, tanto col far « conoscere a Daguin ch'erano essi « che dovevano ricevere la consegna « de' lavori di ferro, quanto coll'anticiparne il valore, offrendolo successivamente a Daguin e a Bouchard. »

Dietro appello di Bouchard, intervenne una decisione della sezione dei ricorsi concepita nel modo seguente: « Attesochè gli artic. 1690 e 1693 « del Codice civile, applicabili alla « cessione di *semplici crediti*, non sono applicabili a contrattazioni che « vincolano, per particolari riguardi, « le parti che le hanno soscritte. »

Io non posso approvare i motivi dati dalla corte di Digione e da quella di cassazione. Essi stabiliscono nella legge eccezioni non volute da essa, e che non sono nel suo testo, nè nel suo spirito; urtano di fronte l'art. 1690 del Codice civile. Come può mai dire la corte di Digione che l'art. 1690 non è applicabile alle materie di commercio (1)? Ogniqualvolta il Codice di commercio ha voluto stabilire un modo particolare di trasmissione dei crediti commerciali, non lo ha forse fatto in modo espresso, come, per esempio, negli art. 35, 136, 187? Se l'art. 1690 del Codice civile fosse stato inapplicabile negli usi del commercio, sarebbe stata necessaria una disposizione positiva per le azioni al latore? Bisognava forse un articolo espresso per dire che, nel caso in cui l'azione è sotto forma di un titolo al latore, *la cessione si eseguisce mediante la consegna del documento*?

Oltrecchè comprendo anche meno come la corte di cassazione, invece di condannare un errore sì grave, l'abbia in certo modo sanzionato nelle considerazioni che spiegano la sua decisione di esclusione. È vero che cotesta corte non ha usate espressioni così precise come la corte di Digione; il suo concetto trovasi avviluppato in parole equivoche, vaghe, non ben chiare. Ma mi sembra che quando trattasi

(1) Ancora Duranton (n. 505) crede che l'artic. 1690 s'applichi alle cose commerciali.

di principj, la corte regolatrice dovrebbe parlare un linguaggio più autorevole. Nella circostanza attuale le bastava essere fedele alla propria sua giurisprudenza, provata da una decisione del 25 Settembre 1813 (1), che in una contestazione tra negozianti decide che una cessione non notificata non aveva potuto nuocere al terzo.

Del resto, non intendo criticare il resultato cui è pervenuta la corte di Digione. Essa null'altro ha fatto fuorchè confermare il giudicato del tribunale di commercio, che, consentaneo alle sane dottrine, non aveva valutata la cessione passata alla casa Ardaillon, e non notificata da essa, ed aveva considerato cotesta casa come semplice procuratrice di Bouchard, per ricevere i lavori di ferro; così lasciava le cose nello stato in cui erano tra Bouchard e Daguin. Quello che a me sembra però soggetto a critica, sono gli asserti erronei del pari che inutili, da cui si trasse la deduzione dei motivi che hanno inspirato cotesta decisione alla corte reale.

909. Nelle decisioni di Lamoignon, trovasi un articolo che limita l'obbligo di notificare il trasferimento ai semplici *debiti mobiliari*, e alle rendite costituite (2). Ma le parole dell'art. 1689 hanno un significato molto più esteso. Esse abbracciano *i crediti, i diritti sopra un terzo*, *le azioni sopra un terzo*; non bisogna allora esitare a dire che le azioni immobiliari non possono cedersi senza l'obbligo di una notificazione.

910. Il trasferimento, quantunque notificato, non produce effetto riguardo ai terzi, quando è fatto in frode dei dritti dei creditori (3). Il caso di frode s'incontra di frequente nella cessione del dritto di riscuotere fitti di locazioni future, o frutti futuri. Ho esaminato su ciò diverse ipotesi, nel mio comento sul titolo delle ipoteche, e ho discusso le decisioni intervenute sulla materia (4). Quando simili cessioni si presenteranno, i tribunali esamineranno scrupolosamente se esiste connivenza e simulazione, oppure, se la buona fede ha diretto le parti, e specialmente il cessionario (5).

Nell'antica giurisprudenza ritenevansi come nulli e fraudolenti di pieno dritto i trasferimenti fatti e notificati nei dieci giorni dall'apertura del fallimento pubblicamente noto (6).

Nella nuova legislazione la cosa è diversa. L'art. 444 del Codice di commercio dichiara nulli soltanto gli atti traslativi di proprietà immobiliari. Esso non annulla dunque le cessioni di proprietà mobiliari per la sola ragione che furono fatte nei dieci giorni del fallimento. Per annullare simili trasferimenti bisogna provare la frode (7).

911. Ma se il trasferimento, quantunque lealmente fatto prima del fallimento, non fosse ancora notificato all'epoca della sua apertura, non sarebbe più tempo di adempiere cotesta formalità, ed il cessionario non potrebbe perfezionare il suo dritto. E ciò per la ragione che il fallimento opera privazione di possesso, produce un vero sequestro a favore dei creditori, e quindi il cessionario giun-

(1) Sirey, 14, 1, 78. Dal., v° *Faillite*, p. 278.

(2) T. 1, p. 138, titolo *des Transports*, art. 1.

(3) Ferrières, sull'art. 108 dello statuto di Parigi, § 1, n. 21.

(4) N. 777 *(ter)* e seg.

(5) Vedi del resto Delvincourt, t. 3, p. 170. Carrè, sull'art. 175 del Codice di procedura civile. Pigeau, t. 2, p. 46.

(6) Ferrières, *loc. cit.*, n. 21.

(7) Pigeau, l. 2, p. 46.

ge troppo tardi per prenderne possesso. Questa dottrina, chiara in sè stessa, venne confermata da una decisione della corte di Parigi del 13 Dicembre 1814 (1). e della corte di Bordeaux del 18 Agosto 1829 (2).

Oltrechè nella lite giudicata da quest'ultima decisione esisteva la circostanza notabile, che il debitore aveva accettato con atto privato il trasferimento fatto al cessionario, ma l'atto non acquistò data certa se non dopo la dichiarazione del fallimento. La corte giudicò con ragione che cotest'accettazione non era da opporsi ai terzi.

912. Abbiamo passato in rassegna tutte le regole che si riferiscono alla notificazione del trasferimento, e alla immissione in possesso che ne resulta pel cessionario. Diciamo adesso qualche cosa della forma del trasferimento in sè stesso.

Può effettuarsi con atto autentico o privato (3). Ritroviamo qui le regole generali esposte sull'art. 1582.

Contuttociò Lamoignon avrebbe voluto che il trasferimento si facesse sempre con atto notariale (4). Ma nè l'antica, nè la nuova giurisprudenza esigono simile formalità.

Sennonchè dobbiamo consigliarla come più sicura e più prudente. Senza dubbio è grave l' obbligo di pagare i dritti di registro per una cessione autentica, e si concepiscono le ragioni d'economia che fanno preferire qualche volta il trasferimento mediante cedula; ma interessi più gravi parlano a favore di un modo di cessione più solenne. In primo luogo, finchè il trasferimento non è registrato ed il cessionario non comparisce onde sottrarsi alle ricerche del fisco, nulla impedisce al cedente, se è di mala fede, di dare la esenzione delle iscrizioni che formano la garanzia del credito ceduto (5). Questo è il primo pericolo.

Havvene un altro pel cedente; imperocchè il cessionario che si asconde, ma pur sempre agisce, dirige tutti gli atti sotto il nome di colui che ha fatto il trasferimento e che, per troppa fiducia, gli ha dato una procura di cui non ha veduto i pericoli. Ma l'imprudenza del cessionario, le false operazioni ch'ei può eseguire sotto il nome del cedente, sono spessissimo di tale natura da pregiudicare gl'interessi del cedente medesimo. Ne ho veduto un esempio notabile in una specie giudicata con sentenza della corte di Nancy 20 Agosto 1833, tra il barone di Landoville contro il signor Marchal (6).

913. Esaminiamo adesso i principali effetti del trasferimento notificato.

Prima sua conseguenza si è quella di far passare sulla testa del cessionario i dritti del cedente contro il debitore. Vedremo nell'artic. 1692 che il credito si trasferisce con tutte le sue prerogative, come cauzioni, privilegj e ipoteche.

914. I frutti e le annualità scadute dopo la cessione, appartengono al cessionario, con questa limitazione però, che i creditori del cedente sono veri terzi, che potrebbero far sequestrare a loro favore tutto ciò che fosse scaduto prima della notificazione o dell'accettazione (7).

(1) Sirey, 15, 2, 98.
(2) Dal., 30, 2, 44.
(3) Ferrières, sull'art. 108 dello statuto di Parigi, § 1, n. 28.
(4) T. 2, p. 155, e t. 1, p. 138, art. 2.
(5) Il mio com. sulle Ip., n. 363 e 367.
(6) Cotesta decisione è inedita.
(7) Ferrières, *loc. cit.*, n. 6 e 11. Lamoignon, t. 1, p. 139, n. 5.

915. Su tutti questi punti non havvi veruna difficoltà.

Ma la quistione di sapere se gl'interessi dovuti all'epoca della cessione, si reputino formarne necessariamente parte come un accessorio, non è tanto chiara; contuttociò vien risoluta ordinariamente coll'affermativa, per la ragione che gl'interessi dovuti sono una dependenza del credito, talmentechè se il capitale venisse prescritto, trarrebbe seco le annualità (1). Bisogna aggiungere che in sostanza, tocca al venditore spiegare ciò che vende, e che i patti oscuri s'interpetrano contro di lui.

A questa decisione si opporrà forse l'art. 586 del Codice civile, il quale dice che i frutti civili si acquistano giorno per giorno, dal che si potrebbe dedurre la conseguenza che quei frutti sono dovuti al venditore come un capitale distinto. Cionnondimeno la prima opinione mi sembra preferibile, specialmente per questa considerazione che il cedente è obbligato a spogliarsi dei titoli in virtù de' quali potrebbe richiedere il pagamento di ciò che gli è dovuto, onde consegnarli immediatamente al cessionario (art. 1689 del Codice civile). Ora, consegnare i titoli non significa trasmettere nel tempo stesso il dritto di esercitare tutte le azioni che ne derivano?

916. Si domanda se la cessione comprenda le azioni rescindenti e rescissorie che possono competere al cedente.

Una decisione della corte di Limoges, del 27 Novembre 1811 (2), decide che la cessione di dritti e azioni, come che generale, non abbraccia le azioni rescindenti e rescissorie del cedente; che cotesta specie di cessione vuole esser fatta in modo speciale e nominativo. La corte di Limoges invoca la giurisprudenza e gli autori (3), egualmente che la legge 25, § 1, D. *De minorib.* Essa dice doversi sempre presumere che il cedente, per rispetto proprio, abbia voluto che il suo impegno o quello de' suoi autori fosse rispettato; che quegli che fece un atto, quantunque nullo ed invalido, può avere ragioni particolari di non domandare la rescissione *propter suam existimationem, pudori suo parcens*, etc.

Contuttociò, esiste una decisione in senso contrario della corte di Bordeaux 25 Febbrajo 1829, che venne confermata il 22 Giugno 1830 dalla corte di cassazione (4), e credo che questa seconda opinione debba prevalere (5).

La legge 25, § 1, D. *De minoribus*, è del seguente tenore: « Si talis interveniet juvenis, cui præstanda sit restitutio, ipso postulante, præstari debet, *aut procuratore ejus, cui idipsum mandatum fit. Qui vero generale mandatum de universis negotiis gerendis allegat, non debet audiri.* »

Scorgesi come questo testo si limiti a dire che i poteri di un mandatario generale non vanno sino ad intentare l'azione rescissoria; ma in che cosa questa decisione, conforme ai principj più certi del dritto, potrebbe mai influire sulla nostra quistione? Qui trattasi di ben altro che di un mandato generale; trattasi di una vendita

(1) *Junge*, Duranton, t. 16, n. 507.

(2) Dal., *Vente*, p. 914, nota 3.

(3) Havvi una decisione del parlamento di Parigi del mese di Luglio 1587, riferita da Louet, t. 1, lettera C., n. 12, e approvata da Brodeau (*loc. cit.*) e da Mornac, ad rubric., tit. D. *De rescind. vend.*, e ad leg. 6, *De in integ. restit.*

(4) Dal., 30, 1, 367.

(5) *Junge*, Duranton, t. 16, n. 508.

a titolo di proprietario di TUTTI I DRITTI che competono al cedente sulla cosa.

La legge 68, D. *Mand. vel contra*, di cui Brodeau si vuol giovare, e che contiene queste parole: *Propter suam existimationem, pudori suo pepercisset*, parole di cui si è servita la corte di Limoges, è ancora meno applicabile. Un individuo avea prestata cauzione in una obbligazione naturale producente interesse, e credendo debito di onore mantenere la sua promessa, pagò. Il giureconsulto decide che non potevasi rimproverarnelo. Ma nel nostro esempio esiste forse una obbligazione naturale? il contratto macchiato di lesione non è forse contrario alla equità e al dritto naturale? D'altronde il silenzio del cedente basta forse perchè si possa dire che non ha voluto cedere la sua azione rescindente? È forse da assomigliarsi quel silenzio alla dichiarazione formale del fidejussore, che nel caso preveduto da Celso, dice che non vuole prevalersi della sottigliezza del dritto civile e paga in effetto?

Finalmente Brodeau, per corroborare la sua argomentazione, termina rammentando questo assioma di dritto: *actionis verbo non continetur exceptio* (1). Ma nel nostro dritto attuale, il dolo, la frode, la violenza, la lesione, non producono solamente una eccezione; quei vizj generano un'*azione in nullità* (art. 1111 e seg. del Codice civile). Ora se cedonsi tutte le azioni senza riserva, non può esservi motivo d'impedire che la cessione abbracci l'azione in nullità o in rescissione. Abbiamo provato altrove (2) che oggi tra la nullità e la rescissione la differenza è piccola.

917. Finalmente il cedente di un credito deve consegnare al compratore tuttociò che ne ha ritirato, o in conseguenza di pagamenti fatti dal debitore, o per compensazione. « *Nominis* « *venditor*, dice Ermogeniano, *quid*- « *quid vel compensatione, vel exactio*- « *ne fuerit consecutus, integrum em*- « *ptori restituere compellitur* (3). »

918. Ecco quanto dovevo dire intorno all'effetto traslativo della cessione. Ma essa produce altre conseguenze non meno importanti che io non voglio tacere. E in primo luogo il cedente gode contro il cessionario il privilegio di venditore per il pagamento del prezzo. Ho trattata la presente quistione nel mio comento sul titolo delle *Ipoteche* (n. 187).

919. In secondo luogo la cessione opera nella posizione del debitore una modificazione cui dee premurosamente avvertire dal punto che il trasferimento gli fu notificato; questa modificazione consiste in questo, che egli non può più pagare che al cessionario; talmentechè, se paga a un altro, si espone a pagare due volte (4), salvo il suo regresso contro colui che ha riscosso ciò che non gli era legittimamente dovuto (5).

920. Havvi inoltre nella situazione del debitore un'alterazione assai grave in quanto è relativo alle quitanze in forma privata e non registrate, ch'egli ha ricevute dal cedente. Ed è questa ch'ei deve mostrarle fino dal momento della notificazione; perchè se tace, non potrà allegare di aver

(1) L. 8, § 1, D. *De verb. signif.*
(2) *Supra*, sull'art. 1658.
(3) L. 23, § 1, D. *De act. vel hered. vend.*

(4) Decisione della corte di Parigi, 12 Gennajo 1826 (Dal., 26, 2, 203).
(5) Decisione suddetta.

pagato somme in conto al cedente. Caronda (1) riferisce una decisione del parlamento di Parigi del 10 Febbrajo 1565, che decise così, ed è opinione di Ferrières (2) e di Bourjon (3). Quest'autore si esprime nei seguenti termini: « Malgrado la notificazione « del trasferimento, vale a dire nel « caso pure che il trasferimento sia « stato notificato, le quitanze che il « debitore ha del cedente, quantunque « in forma privata, si possono oppor- « re al cessionario, *purchè ciò venga* « *fatto immediatamente dopo.* »

Quest'opinione è adottata da Delvincourt (4); è ragionevolissima, e concorda il principio che un atto in forma privata non registrato non ha data certa contro i terzi (5), coll'interesse dei debitori che non si potrebbero costringere senza ingiustizia a prendere in tutti i casi delle ricevute autentiche (6). Sennonchè esiste un giudicato di Lione, 26 Novembre 1823, il quale decide, che le quitanze non autentiche di cui è possessore il debitore, possono opporsi in ogni stato di causa al cessionario; ma lo credo opposto alle sane dottrine (7).

921. Le stesse regole fanno decidere che una contrallettera di cui il debitore fosse possessore, e che contenesse dichiarazione del cedente, che il credito è simulato, non avrebbe effetto contro il cessionario (8), e dubito eziandio che sotto l'impero del Codice civile, si ammetterebbe il temperamento dell'antica giurisprudenza, la quale non rigettava tali atti se venivano notificati al cessionario subito dopo la notificazione (9).

922. Ma, fuori di queste modificazioni, i dritti del debitore rimangono riguardo al cessionario quello che erano riguardo al cedente.

E però egli può opporre la compensazione effettuata prima della notificazione (artic. 1295); eccettochè se egli avesse accettato la cessione puramente e semplicemente, non potrebbe più opporre al cessionario la compensazione ch'egli avrebbe potuta opporre al cedente, prima dell'accettazione (articolo 1295 del Codice civile) (10). S'intenderebbe che vi avesse rinunziato mediante la sua accettazione pura e semplice.

923. E se fu ceduta soltanto porzione del credito, egli non dev'essere obbligato a pagare parzialmente. Può esigere che il cedente e il cessionario si riuniscano per ricevere contemporaneamente la totalità del debito (11).

924. Ma, per compenso, il venditore nulla deve esigere che renda la condizione del cessionario peggiore di quella del cedente. Così, il cessionario d'un titolo esecutorio non ha bisogno di farsi autorizzare dal giudice onde farlo eseguire. È vero che alcuni antichi statuti (12) volevano che il cessionario intentasse prima di tutto un'azione per ottenere che l'obbligazione fosse esecutoria. Ma Molinèo dichiarava intieramente inutili coteste disposizioni (*iste articulus valde est*

(1) Nelle sue Osserv., v° *Cession.*
(2) Sull'art. 104 dello statuto di Parigi, § 1, n. 25.
(3) T. 1, p. 466, n. 10.
(4) T. 3, p. 170.
(5) V. il mio comento sulle Ipot., n. 529.
(6) V. una decisione di Bruxelles, 15 Novembre 1808 (Dal., *Vente*, p. 918, nota 1).
(7) L'ho combattuto nel mio comento sulle Ipot., *loc. cit.*, n. 525. Duranton però vi si avvicina, ma più per equità che pel rigor dei principj, t. 16, n. 504.
(8) Art. 1321 del Codice civile.
(9) Bourjon, *loc. cit.*, n. 12.
(10) Bourjon, *loc. cit.*, n. 10. Basset, t. 2, lib. 4, t. 20, cap. 3.
(11) Toullier, t. 7, n. 120, note.
(12) Melun, art. 311, Blois, art. 263.

ineptus) (1); esse erano contrarie al dritto comune della Francia. Infatti era assurdo il volere tornare in azione ciò che di per sè era, come dice Coquille, in pronta esecuzione (2).

925. Giusta le leggi Romane (3), il debitore poteva liberarsi, in caso di trasferimento, offrendo soltanto ciò che il cessionario aveva sborsato pel prezzo. Ma, in Francia, queste leggi non erano seguite intorno a ciò (4). D' onde deriva che, in un trasferimento comune, il prezzo è indifferente al debitore.

Cionnondimeno, vedremo nell'art. 1699 un caso in cui le leggi Romane delle quali parliamo sono state ammesse: ed è quando havvi cessione d' un dritto litigioso. L' artic. 841 del Codice civile ha egualmente mantenute le loro disposizioni pel caso di vendita di dritti successorj a persona inabile a succedere. Ma tali eccezioni si limitano a questo, e non bisogna estenderle fuori dei casi in cui il legislatore ha voluto restringerle.

926. Esiste in un altro effetto del trasferimento notificato; quello cioè di equivalere a sequestro, siccome l' ho detto sopra (n. 902). Fermiamoci un momento per far conoscere il valore di questo punto di dritto.

Quando il cessionario, che notifica il suo trasferimento al debitore, trova dei decreti di sequestro già interposti in sue mani da' creditori del cedente, egli non può pretendere la proprietà della totalità della somma trasferita secondo i principj che abbiamo esposti sopra, e la cessione non vale fuorchè pel di più di ciò che è dovuto ai sequestranti (5). Ma se ha pagato al cedente il prezzo di tale cessione indebita, egli è suo creditore chirografario, e ha il dritto di far sequestrare per soddisfarsi di ciò che gli è dovuto in capitale, interessi e danni per causa di evizione. Ora, la sua notificazione vale sequestro; essa conserva tutti i suoi dritti sulle somme sequestrate; ma in luogo di attribuirgliele esclusivamente, come se fosse compratore, essa gli dà soltanto il dritto di presentarsi al reparto con gli altri creditori che fecero le loro diligenze in tempo utile (6).

927. Ma se questa notificazione vale soltanto come sequestro riguardo ai sequestranti anteriori, ha un effetto più esteso in ciò che concerne i sequestranti posteriori; poichè conserva al trasferimento il suo carattere di vendita, e gli ultimi venuti non possono percipere nulla a danno del cessionario sul prezzo che cessò di appartenere al debitore.

Denizart parla cionnondimeno di un giudicato del parlamento di Parigi dell' 8 Marzo 1760 (7), per cui si decideva che i creditori sequestranti, posteriori alla cessione notificata, possono profittare del sequestro fatto dai primi sequestranti, e che il primo decreto di sequestro ha posto il credito sotto la potestà giudiciaria in vantaggio di tutti quelli che verrebbero a sequestrare sino alla distribuzione del prezzo. Ma, secondo l' osservazione di Pigeau (8), la suddetta decisione fu data certamente in circostanze par-

(1) Sopra Blois, art. 263.

(2) Sopra Nivernais, t. 32, art. 1.

(3) L. *Per diversas et ab Anastasio*, C. *Mandat.*

(4) Bourjon, t. 1, p. 465, col. 1, n. 6. Bretonnier, q. alphab.

(5) Pigeau, t. 2, p. 68.

(6) Pigeau, *loc. cit.* Toullier, t. 7, n. 285. Duranton, t. 16, n. 500.

(7) *Transport*, n. 10.

(8) Nouveau Denisart, v° *Cession*, § 2, n. 10, e Procédure civile, l. 2, p. 61.

ticolari; altrimenti sarebbe contrario alla regola che le istanze di un creditore conservassero soltanto i suoi dritti. Riguardo agli altri creditori, simili istanze sono *res inter alios acta*. In virtù della notificazione, il cessionario fu regolarmente investito riguardo a tutti coloro che non avevano fatto diligenze. Quando essi si sono presentati, hanno trovato il loro debitore spogliato della proprietà del credito. Per verità, esso era sottoposto al giudice; ma lo era soltanto a vantaggio di quelli che lo avevano fatto arrestare. Simile è pure la opinione di Delvincourt (1) e di Duranton (2). La corte di Parigi però, ha giudicato il contrario, 15 Gennajo 1814 (3) e 20 Marzo 1820 (4). Ma queste due decisioni sono contrarie ai principj i quali vogliono, da un lato, non sia lecito prevalersi del dritto di un terzo, dall'altro, che il cessionario venga investito e il venditore spogliato in virtù della notificazione del trasferimento. Esse trascurano quest'altra verità, che la vendita di un credito sequestrato vale senza difficoltà per tuttociò che eccede le cause del sequestro; altrimenti potrebbero rimanere sterili ed indisponibili somme considerevoli in conseguenza di decreti di sequestro interposti sulla parte più piccola. Finalmente esse attribuiscono agli ultimi sequestranti un favore pregiudicevole agl'interessi del cessionario che gli ha preceduti con la sua notificazione, e che non deve soffrire del tardo loro arrivo.

928. Quando il decreto di sequestro e la notificazione del trasferimento hanno luogo lo stesso giorno senza indicazione dell'ora, il sequestrante ed il cessionario debbono concorrere egualmente (5).

929. Gli articoli seguenti compiono ciò che resta a dire intorno alla estensione della cessione, trattando della garanzia dovuta dal cedente (6).

(1) T. 3, p. 169.

(2) T. 16, n. 501.

(3) Sirey, 14, 2, 95.

(4) *Idem*, 23, 2, 47. Dalloz, *Vente*, p. 916, nota 2, n. 2.

(5) Parigi, 26 Aprile 1822 (Dal., *Vente*, p. 917).

(6) Credo dover far parola in forma di appendice, del trasferimento delle rendite sullo stato, che è sottoposto a regole particolari. Il trasferimento delle iscrizioni nel libro del debito pubblico si effettua, giusta la legge del 28 Fiorile anno VII (17 Maggio 1799), mediante una dichiarazione fatta sopra un registro, e sottoscritta dal proprietario del credito, indicante che lo trasferisce alla persona ch'ei nomina. In conseguenza di questa dichiarazione, la sua iscrizione viene radiata, e una iscrizione della stessa somma, oppure, se vi sono più cessionarj, di somme particolari equivalenti, vien fatta a favore de' compratori. Le forme di cotesto trasferimento furono determinate dal decreto del 13 Termidoro anno XIII (1° Agosto 1805). Le disposizioni ne sono state applicate, con decreto del 16 Gennajo 1808, alle azioni della banca di Francia.

Le rendite sullo stato si devono necessariamente negoziare col ministero dei sensali di cambio. (Pardessus, t. 2, p. 354). Cotesto traffico dà luogo tra' speculatori, a' movimenti di borsa, che chiamansi *contrattazioni a tempo*, e che sono una cagione di rovina pei patrimonj più solidi. Il capitalista prudente si asterrà da coteste speculazioni rischiose. Egli interverrà alla borsa soltanto per collocare pacificamente i suoi capitali nel libro del debito pubblico.

ARTICOLO 1692.

La vendita o la cessione di un credito comprende gli accessorj del credito stesso, come sarebbero le cauzioni, i privilegj e le ipoteche.

SOMMARIO.

930. Rinvio.

COMENTO.

930. Ho trattato questo soggetto intimamente nel mio comento sul titolo delle Ipoteche cui rinvio (n. 329 e seg.). Posso aggiungervi il detto *supra*, n. 906, intorno alla quistione se la cessione per via di gira di un credito ipotecario, produca virtualmente il trasferimento dell'ipoteca.

ARTICOLO 1693.

Quegli che vende un credito od altro diritto incorporale, deve garantirne l'esistenza al tempo della cessione, quantunque questa si faccia senza garanzia.

ARTICOLO 1694.

Egli non è responsabile della solvibilità del debitore che quando si è a ciò obbligato, e per la concorrenza soltanto del prezzo che ha riscosso dal credito venduto.

ARTICOLO 1695.

Quando il cedente ha promesso la garanzia della solvibilità del debitore, tale promessa non comprende che la solvibilità attuale, e non si estende al tempo avvenire, se ciò non fu espressamente stipulato.

SOMMARIO.

931. Della garanzia di dritto in materia di trasferimento. Fa d'uopo che il credito esista.
932. Non bisogna confondere il titolo col credito.
933. Quando si vende un credito con le sue ipoteche, bisogna che queste ipoteche esistano.
934. Ma il cedente non deve guarentire la solidità del debitore.
935. Delle clausole che diminuiscono le garanzie.
936. Della clausola *senza garanzia*. Della vendita del credito come eventuale. Della notizia data al compratore della incertezza del credito.
937. Delle clausole *senza garanzia nè restituzione di danari*.
938. Delle clausole che estendono la garanzia. Del trasferimento con la stipulazione di *garanzia*. Il venditore risponde della solidità presente.
939. Della clausola *fornire e far valere*. Essa obbliga il venditore a guarentire la solidità futura.
940. Ma il cessionario non ha regresso se la insolvibilità futura è cagionata dal fatto suo.
941. Se vuolsi dire lo stesso quando è la sua negligenza che ha lasciato prescrivere il credito. Contraddizione di Pothier. Confutazione della opinione di Toullier.
942. *Quid*, se il cessionario accorda termine dopo la scadenza?
943. Continuazione.
944. Della clausola per cui il cedente si obbliga a pagare dopo intimazione fatta al debitore.
945. In che cosa si risolva la garanzia di dritto.
946. E la garanzia di fatto.
947. *Quid*, se il debitore non è insolvibile che per una porzione?
948. Ammontare della garanzia nel caso in cui havvi clausola di *fornire e far valere*.
949. *Quid*, quando il cedente ha promesso di pagare egli stesso?
950. Se, in quest'ultimo caso, il cessionario abbia la via esecutoria contro il cedente.
951. Il cedente è sempre tenuto della garanzia de'suoi fatti personali.
952. Della prescrizione della garanzia. Rinvio.

COMENTO.

931. Nella vendita di un credito, come nella vendita di ogni altr'oggetto, la garanzia di dritto è sempre sottintesa (1). Il cedente deve dunque guarentire al cessionario la esistenza del credito all'epoca del trasferimento, quantunque nessuna clausola speciale del contratto ve lo astringa. Perciò, diceva Ulpiano: « Si nomen sit « distractum, Celsus scribit locuple« tem debitorem non esse præstan« dum; *debitorem autem eum esse de« bere præstari*, nisi aliud convenit (2). »

Questa garanzia è anche più strettamente obbligatoria nella vendita di un credito che nelle altre negoziazioni. Poichè il dritto del creditore non è nè visibile nè palpabile, come i beni mobili e immobili. Il compratore può solo confidare nella buona fede del venditore per la esistenza di quello. Il venditore è dunque obbligato da un legame più stretto alla garanzia.

932. E qui non si faccia luogo all'equivoco. Non si confonda il credito col titolo che serve a provarlo. La legge e la ragione vogliono che esista il credito, e non basterebbe che il titolo fosse consegnato al cessionario. Il titolo non è il credito. Esso può sussistere materialmente mentre che il credito è estinto. Così, se il credito fosse annullato per compensazione o per prescrizione (3), non servirebbe a nulla la consegna al cessionario d'un titolo che avrebbe soltanto un' apparenza di vita. Il cessionario avrebbe dritto ad essere guarentito (4).

933. Quando si vende un credito con ipoteca sopra immobili determinati, non basta che il credito esista, bisogna inoltre che l'ipoteca promessa sia intiera all'epoca del contratto; e se una porzione dei beni fosse francata dall'ipoteca, il cedente sarebbe obbligato a guarentire il cessionario il quale non trovasse tutte le sicurezze in che egli aveva sperato, e la di cui mancanza può compromettere il capitale che dev'essergli rimborsato (5).

934. Ma quando il venditore ha soddisfatto l'obbligo di trasferire il credito esistente co' suoi accessorj, quando ha dato al cessionario un debitore che era obbligato verso lui da un legame di dritto quale egli lo aveva annunziato, egli è compiutamente esonerato. Il compratore non potrebbe lagnarsi perchè il debitore non è solido, perchè le ipoteche costituite non sono bastanti, perchè le cauzioni sono impotenti. Il cedente ha trasferito il credito nello stato in cui trovavasi; egli non ha assunto altro obbligo. Abbiamo veduto poc'anzi la decisione di Ulpiano, che intorno a ciò non può essere più precisa (6).

Invano si opporrebbe che un'azione contro un individuo insolvente non è, a dire il vero, un'azione, secondo

(1) *Supra*, n. 411 e seg.

(2) L. 4, D. *De hæred. vel act. vend.*

(3) Connano, lib. 7, c. 8. D'Olive, l. 4, c. 27.

(4) Sentenza della corte di cassazione del 6 Ottobre 1807 (Sirey, 7, 1, 540. Dal., *Vente*, p. 920, nota 1).

(5) Burgundus, *De evict.*, dice, n. 12, c. 11. *Præstare debet debitor nomen esse et quidem sine exceptione; sicut si nomen cum pignoribus distractum sit, probare debet eas res obligatas fuisse.* Sentenza di Bruxelles del 18 Ottobre 1822 (Dal., *Vente*, p. 919). Sentenza inedita della corte di Nancy del 20 Agosto 1833 (Landoville, contro Saint-Morys e Quintard).

(6) *Junge*, l. 74, § ult. D. *De evict.* L. 30, D. *De pignorib., et hypothec.* Voet, *De act. vendit.*, 18, 4, 14.

ciò che insegna Cajo (1). In questa materia si può rispondere, che un'azione, oggi inefficace perchè povero il debitore, può divenire utile, se in seguito i suoi affari prosperano (2).

935. Ma tale obbligaziune di guarentire la esistenza del credito è soggetta a diminuzione o estensione (3).

Inoltre essa cessa totalmente, quando il cedente vende il credito siccome litigioso, o quando lo vende a titolo di semplice azione da discutersi innanzi ai tribunali, a danno e pericolo del cessionario (4).

936. Se fu stipulato che il credito, quantunque venduto come non litigioso, è ceduto *senza garanzia*, questa clausola non dispensa il cedente dal rispondere della esistenza del credito all'epoca del trasferimento; imperocchè s'intende che la esenzione dalla garanzia si referisca soltanto alla solidità del debitore (5).

Ma egli ne sarebbe esente, giusta i principj che abbiamo espressi altrove (6), se avesse espressamente venduto la cosa come eventuale, o se avesse data notizia al cessionario del pericolo o della incertezza del credito. Imperocchè non gli si potrebbe rimproverare verun dolo, e il cessionario dovrebbe subire la legge ch'ei si fosse fatta.

937. Ma il cedente sarebbe esonerato da un regresso per la non esistenza del credito, se, senza aver trattato del credito siccome eventuale, senza aver dato cognizione de'pericoli più o meno numerosi che ne rendono dubbia la recupera, si limitasse ad inserire la clausola *senza garanzia e senza restituzione di danaro* (7)?

Io non lo credo; imperocchè la clausola *senza garanzia* dispensa soltanto dal guarentire la impotenza, come l'abbiamo detto al numero precedente; essa lascia sussistere il ricorso del cessionario per difetto di esistenza del credito, e la clausola *senza restituzione di danari* che accompagna la clausola *senza garanzia*, si riferisce soltanto, come quella, alla quistione d'impotenza del debitore. Ecco del resto un giudicato conforme del parlamento di Parigi (8).

Ledivin cedè a de Lafurterie una rendita di 62 lire 10 soldi che gli era dovuta da Ménage. La erede Ménage, minore, trasferì a de Laforterie una rendita di 50 lire per saldare proporzionatamente la rendita di 62 lire 10 soldi. De Laforterie non perdè tempo per notificare a Thibaudin, debitore della detta rendita di L. 50, che la rimborsò qualche tempo dopo. Lafurterie, che sapeva come la cessione gli era stata fatta da una minore, dette quitanza a Thibaudin con la precauzione di esprimere che surrogava il medesimo in tutti i suoi dritti, ma *senza veruna garanzia nè restituzione di danari*, con rischio e danno di Thibaudin, e che per ogni garanzia gli rilasciava il contratto.

Molti anni dopo la erede Ménage si fece restituire contro i contratti ch'es-

(1) L. 6, D. *De dolo malo.*

(2) Voet, *loc. cit.*

(3) V. i principj rammentati *supra*, n. 472 e seg.

(4) Loyseau, *Garantie des rentes*, c. 3, n. 11, *in fine*. *Jouge*, Duranton, t. 16, n. 511. Connanu, *loc. cit.*, n. 1. p. 113.

(5) Bourjon, t. 1, p. 467, n. 19 e 20. Art. 1693 del Codice civile. Giudicato dalla corte di cassazione, 21 Novembre 1825 (Dal., 26, 1, 51).

(6) *Supra*, n. 481.

(7) V. *supra*, n. 485, ciò che io dico di cotesta clausola.

(8) Ferrières, sopra Parigi, art. 108, § 2, n. 4.

sa aveva fatti in minore età, e segnatamente contro la cessione della rendita di 50 lire a favore di Laforterie. Allora s'impegnò una lunga e difficile contesa, che percorse più gradi di giurisdizione, e finalmente fu avocata a sè dal parlamento di Parigi, che giudicò la lite mediante una divisione. Thibaudin, condannato a pagare come acquirente della rendita, chiamò in garanzia de Laforterie.

Questi rispose:

Io non sono soggetto a repetizione, dacchè ho soltanto ricevuto quanto mi si doveva, *meum recepi* (1).

Si dirà forse che mi sono obbligato a una garanzia verso Thibaudin? Ma io mi sono obbligato soltanto alla semplice garanzia de' miei fatti e promesse; ho fatto inserire nel contratto di cessione a Thibaudin le clausole più chiare per esimermi da qualunque altra garanzia e restituzione di danari. Thibaudin ha comprato a suo danno e rischio, e certamente non si dirà che dal canto mio vi sia dolo, poichè è desso che mi costrinse a subire il retratto, ed io non poteva ricusarlo. D'altronde, Thibaudin sapeva che veniva surrogato ad una rendita già cedutami da una minore durante la sua minore età.

A questo sistema, ecco come si opponeva Thibaudin:

Se il contratto di cessione fattovi da Anna Ménage fu annullato, si può dire che non mi avete ceduto nulla. Ora, l' esistenza del credito dev' essere guarentita sempre dal cedente.

Voi dite che riceveste da me ciò vi era dovuto. Ma è un errore. L'evento dimostra che la rendita di lire 50 non vi apparteneva, che non ne eravate creditore, che il rimborso non doveva farsene a voi. Dunque, dovete indennizzarmi ciò che vi ho pagato. *Tuum non recepisti, sed quod poterat a te auferri;* è lo stesso che se *tuum non recepisses*.

E in questo senso finalmente venne giudicata dal parlamento la lite (2). La sua decisione è basata intieramente sulla massima che Laforterie non era creditore della rendita; che avendo trattato con una minore, sapeva che il suo titolo era infetto da un vizio radicale, mentre che Thibaudin era caduto in un errore di cui il cedente non poteva approfittare per arricchirsi a sue spese. Il fatto di Laforterie fu in qualche modo assomigliato al dolo, e si considerò che la clausola *senza garanzia e senza restituzione di danari* non si riferiva alla esistenza del credito, ma solamente alla impotenza del debitore (3).

938. Vediamo adesso quali sono le clausole che estendono la garanzia del cedente: ve ne sono di tre gradi.

La stipulazione che forma il primo grado di garanzia convenzionale, è quella colla quale si dice che *il trasferimento vien fatto con garanzia*, oppure, con *garanzia di fatto*, oppure con *garanzia da ogni molestia e ostacolo qualunque* (4); il cedente si ob-

(1) L. 44, D. *De condict. indeb.*

(2) Questa decisione è riferita nel Giornale delle Udienze, ma con inesattezze visibili. Nel modo stesso ha giudicato il parlamento di Rouen in più decisioni (Basnage, Normandie, art. 40, p. 108). Ma nel casi di quelle decisioni, non sembra che vi fossero clausole derogatorie dalla garanzia.

(3) Lacombe cita anch'esso questa decisione, ma senza accennare il fatto (v° *Garantie*, n. 11).

(4) Loyseau, cap. 2, n. 15, e cap. 3, n. 10 e seg. Lamoignon, t. 1, p. 148, tit. *des Transports*, n. 10. Bourjon, t. 1, p. 467, n. 21. Bacquet, *Transport des rentes*, cap. 17, n. 6, p. 24. Ciononostante Brunemanno pensa che questa clausola non basta per rendere il venditore responsabile della solidità del debitore; ma egli s'inganna. Sulla l. 4, D. *De act. vend.*, n. 3.

bliga allora a far sì che il debitore sia solvente all' epoca del contratto. Non basta che il credito esista, bisogna che esista contro un individuo solvente. Ma questa garanzia non si estende al tempo avvenire. Con cotesta clausola il cedente non intende guarentire il debitore; egli risponde soltanto della sua solvibilità all'epoca del trasferimento, e non per l' avvenire; imperocchè *res perit domino* (1).

Infatti guarentire un credito, è lo stesso che farlo buono; far sì che sia pagabile e che si possa riscuotere (2); è lo stesso che estendere la garanzia di dritto, che si riferisce soltanto alla esistenza del credito, ad un vincolo di più per salvare il cessionario dal pericolo che precede il contratto; altrimenti bisognerebbe dire che questa clausola *con garanzia* fosse inutile ed illusoria, mentre è così facile trovarle un senso naturale, mentre è chiaro che il cessionario volle assicurarsi contro il pericolo di avere soltanto un foglio, laddove il venditore avrebbe il danaro. La povertà del debitore è un impedimento, e forse il maggiore di tutti; da quel punto esso va sottoposto alla promessa generale di garanzia accettata dal cedente.

Ma siccome sarebbe una esorbitanza che il venditore assumesse il pericolo che segue il trasferimento, non bisogna estendere tant' oltre la semplice clausola di garanzia; quando anche il cedente si fosse sottoposto alla *garanzia di fatto*, senza determinare i suoi diversi gradi, bisognerebbe astenersi dall' estenderla all' avvenire; la clausola si spiegherebbe bastantemente con l'obbligazione di guarentire l' insolvibilità presente (3).

939. Il secondo grado di garanzia convenzionale ha luogo quando il cedente non si contenta di guarentire la solidità attuale del debitore, ma guarentisce la sua solidità futura. Ciò si suole esprimere con questa clausola, *fornire e far valere*, che era molto usata nei contratti di rendita, ma che è molto più rara oggi nelle cessioni di crediti (4). *Fornire* significa dare ciò che manca, completare ciò che presenta difetto; dal che segue che fornire un credito, significa pagarlo in mancanza del debitore. *Far valere* significa incaricarsi di procurare al credito tutto il suo valore, senza limitazione di tempo, ed anche per l'avvenire; perchè coteste parole hanno una *grande enfasi* (5); esse corrispondono presso a poco alla parola *præstare* dei Latini, che, dice Budèo, *est in se recipere, suo periculo esse velle et fide sua esse jubere* FUTURÆ *rei eventum*. Esse guarentiscono il cessionario da ogni pericolo per tutto il tempo che trascorrerà fino all' epoca del pagamento (6).

Contuttociò, il cedente non è obbligato di rispondere *recta via* pel debitore moroso al pagamento; egli è obbligato soltanto dopo che quello venne escusso e ne fu provata la impotenza (7).

(1) Artic. 1694, 1695 combinati. Decisione della corte di Besançon del 16 Piovoso, anno X (Dalloz, *Vente*, p. 921).

(2) Loyseau, cap. 3, n. 16.

(3) Decisione di Besançon citata.

(4) Loyseau, *Garantie des rentes*, c. 4, n. 1 e seg. Lamoignon, t. 1, p. 140, n. 11. Bourjon, t. 1, p. 467, n. 33. Pothier, *Vente*, n. 564.

(5) Loyseau, *loc. cit.*, n. 11.

(6) Molinèo ha detto: « *Clausula vulgari*, gallice, *fournir* et *faire valoir* (fornire e far valere); promittit debitor hypothecas *fore in* FUTURUM *idoneas*. » (*De usur.*, quæst. 8, n. 154).

(7) Loyseau, cap. 7, n. 1 e seg. Lamoignon, n. 12. Bourjon, *loc. cit.*, n. 25. Pothier, n. 565, 567. Torino, 7 Marzo 1818 (Dalloz, *Vente*, p. 921, nota 3).

940. Ma non bisognerebbe che la insolvibilità del debitore provenisse dal fatto del cessionario. Se, per esempio, il cessionario ha concessa la radiazione gratuita o inopportuna delle ipoteche che facevano la garanzia del credito, se ha consentito di liberare alcuno dei mallevadori, o uno dei debitori solidarj, non avrà dritto di lagnarsi che il credito sia cattivo; perchè lo ha reso tale egli stesso (1). *Alteri per alterum iniqua condictio inferri non debet.*

941. Avviene forse lo stesso se il cessionario ha lasciato prescrivere le ipoteche, o per lasso di tempo, o per avere omesso di presentarsi nel giudizio di purgazione? In sostanza, ciò che abbiamo detto al numero precedente del fatto del cessionario, si applica forse al caso in cui avvi dal canto suo semplice negligenza o omissione? La quistione è combattuta.

Si dice in favore del cessionario: Egli ha saputo che aveva un garante solido, e si è confidato in lui; a che cosa gli servirebbe d'essersi fatto assicurare con tanta cautela, se dovesse poi sempre tenere aperti gli occhi? Il cedente, promettendo fornire e far valere, si è obbligato ad agire; toccava a lui lo iniziare tutte le misure conservative. Quanto al cessionario, egli nulla ha da perdere, poichè suo obbligato è il cedente.

Ma Loyseau (2) ha confutata questa opinione con ragioni approvate da Pothier (3), e che mi sembrano potenti e del tutto logiche.

Il cessionario è proprietario del credito; tocca a lui, che ne ha il profitto, ad averne cura, anzichè al cedente, che oggimai non ne ritrae vantaggio nè vi conserva dritto. Deve contentarsi che il cedente corrisponda dei casi fortuiti che deteriorano il credito. Ma sarebbe ingiusto ch'ei facesse ricadere sopra di lui le conseguenze della sua negligenza, egli che nella sua qualità di vero proprietario, doveva mantenere il suo dritto, come un buon padre di famiglia è in obbligo di fare.

Il cessionario non è obbligato forse a staggire i beni del debitore e de'mallevadori? Non è forse incaricato di farli vendere prima di ricorrere contro il cedente? Or dunque gli corre tanto più l'obbligo di fare tutti gli atti conservativi, che sono molto meno penosi di una escussione, ed egli s'illude sulla sua posizione credendo che spetti al cedente incominciare le diligenze.

Quando il cedente si è obbligato a fornire e far valere, egli ha potuto esser determinato dalla considerazione che il credito era guarentito da ipoteche più che bastanti. Egli ha pensato che in ragione della necessità di escuterle prima di arrivare fino a lui, egli non verrebbe mai molestato. Ma se avesse potuto presumere che la negligenza del cessionario renderebbe illusorie tutte le garanzie, ed aprirebbe un regresso contro di lui, non si sarebbe mai obbligato. Questo è il caso di dire con la legge Romana: « *Alienæ* « *igitur cessationis vitium, ad ejus dis-* « *pendium pertinere non debet* (4). »

Questo sentimento è del resto quello che ha trionfato innanzi alla corte di cassazione con decisione del 26 Feb-

(1) Pothier, *Vente*, n. 566. Loyseau, *Garantie des rentes*, cap. 11, n. 1. L. 27, D. *De evict.*, dice: « Non « tenetur venditor si ex persona emptoris *vel facto* « res evicta sit. »

(2) Cap. 11, n. 4 e seg.

(3) *Vente*, n. 566. *Junge*, Lamoignon, t. 1, p. 141, n. 15.

(4) L. 1, C. *De divid. tut.*

brajo 1806 (1), in un caso in cui il cessionario non aveva fatto inscrivere ed aveva omesso di conservare, mediante le formalità prescritte dalla legge dell' 11 Brumajo anno VII, il privilegio del venditore che gli era stato trasferito. Questa decisione è tanto più degna di considerazione in quanto che annulla una decisione della corte di Digione, che costrinse il cedente a guarentire il cessionario negligente.

Obbietteranno forse la opinione espressa da Pothier nel suo *Trattato delle Obbligazioni*, e giusta la quale il creditore non viene privato del suo ricorso contro il garante, fuorchè quando la deteriorazione delle ipoteche che assicurano il credito, derivò da un fatto positivo di quello stesso creditore, anzichè da una semplice negligenza. Ma Pothier dice il contrario nel suo *Contratto di Vendita*, nel quale approva il sistema di Loyseau, e questa contraddizione basta a diminuire d'assai l'autorità della sua prima decisione. E conviene dire, che Toullier non se ne sia accorto, dacchè si dimostra seguace della distinzione di Pothier tra il fatto positivo e la negligenza (2).

Toullier si fonda molto sull'artic. 2037 del Codice civile, che dice liberato il fidejussore « allorchè per FATTO « del creditore non può avere effetto a « favore del fidejussore medesimo il « subingresso. » Gli sembra vedere in quel testo la riproduzione della teoria di Pothier, che, secondo lui, ha tanto influito nella compilazione del Codice.

Ma chi ci dirà se quelli che hanno compilato cotesto articolo del Codice civile hanno preferito Pothier autore del contratto delle obbligazioni, o Pothier autore del contratto di vendita? La parola per FATTO del creditore non gioverà a sciogliere il dubbio. Essa non è tanto precisa da definire la contesa. Spesso la legge è compilata in modo che parlando della *negligenza*, sottintende necessariamente un fatto positivo che non serebbe sfuggito alle cure di un buon padre di famiglia, e che costituisce un danno (3). Ciò avviene perchè, nella sua mente, la parola *negligenza* è presso a poco sinonima di *colpa*. Ebbene, quando essa parla di un fatto che ha prodotto un danno, non è nè eccessivo nè forzato il concetto che essa adopri del pari quella parola come sinonimo di colpa, vale a dire come indicante tanto un fatto positivo, quanto una omissione generante responsabilità. Tutto dì, nel linguaggio usuale si dice: *La tal cosa è avvenuta per fatto vostro*, quantunque non sia un fatto positivo, ma una omissione. Credono forse gli oppositori che il legislatore non usi più di sovente il linguaggio del popolo che quello degli accademici? Un antico autore, che cito spesso con piacere, Connano, ha detto benissimo: *Neque enim putandum legum scriptores aliter locutus quam quomodo in civitate est consuetum* (4).

Tale è del resto il parere di Delvincourt (5) e di Duranton (6); e nella decisione della corte di cassazione che abbiamo testè citata, la legge Romana che si serve di queste parole, *vel facto emptoris*, fu interpetrata in questo senso dalla corte regolatrice.

Ponderiamo adesso le ragioni di Pothier, e vediamo se possono reggere

(1) Dalloz, *Hyp.*, p. 90, nota 3. Répert., v° *Garantie des créances*, n. 3. *Hyp.*, sez. 2, § 2, art. 14, n. 2. *Rente foncière*, § 1.

(2) T. 7, n. 172, p. 244.

(3) Art. 1631 del Codice civile. Art. 2080.

(4) Lib. 3, c. 12, p. 195, *in fine*.

(5) T. 3, p. 263, n. 6.

(6) T. 12, n. 171, p. 289.

al confronto di quelle che lo avvicinarono più tardi al sistema di Loyseau.

Il creditore, dice Pothier (1), è obbligato soltanto per una semplice ragione di equità a cedere le sue azioni al garante che paga. Basta dunque che egli non faccia nulla di contrario alla buona fede, e non deve rispondere di una semplice negligenza.

Ma questa ragione non si regge più dacchè la legge vuole che il subingresso sia di dritto, e forzato. (Art. 1251.)

Pothier prosegue dicendo: gli altri debitori e fidejussori hanno potuto, egualmente che il creditore, vegliare alla conservazione del dritto d'ipoteca che si è perduto. Essi potevano costituirlo in mora d'interrompere la prescrizione, di accendere le iscrizioni, di fare i provvedimenti conservativi. Non essendo stati più vigili del creditore, non possono opporgli una negligenza che loro è comune con lui.

La risposta si è, che il garante può senza dubbio vegliare; ma in esso ciò non è un dovere, ma una facoltà, laddove è un debito precise pel creditore, che è l'avversario vero del debitore, e che gli si oppone per agire e fare tutti i provvedimenti conservativi. Havvi ragione più perenteria dell'obbligo in cui è il creditore di staggire il debitore prima di rivolgersi ai mallevadori? Quest' obbligo non impone forse al creditore un ministero attivo? Spetta forse ai mallevadori di andare in traccia dei debitori, costringerli a pagare, e portarne al creditore il danaro? No. Egli è creditore, col patto di conservare, d'agire, di stimolare; l'azione gli appartiene; il garante ha dritto di rimanersi in uno stato puramente passivo (2).

(1) Oblig., n. 520.
(2) V. la legge 41, D. *De fidejuss.*
(3) Cap. 11, n. 15.

942. Quando il credito venduto con garanzia di solidità futura è esigibile poco tempo dopo, ed il cessionario accorda un termine al debitore, se, durante la proroga, il debitore diviene impotente al pagamento, si domanda se il cessionario godrà il ricorso per garanzia contro il cedente?

Loyseau sta per la negativa.

« Se si trattasse di un semplice de-« bito *prontamente esigibile*, il di cui « cessionario avesse lasciato, per negli-« genza, consumare dal debitore del « medesimo più mobili, talmentechè si « dimostrasse esser quello divenuto « impotente a pagare per quella negli-« genza, in tal caso è grande la pro-« babilità che il cedente, che avesse « promesso *fornirlo e farlo valere*, ed « ogni altro *obbligato sussidiario*, non « ne fosse più tenuto, per la ragione « della l. 1, C. *De divid. tutel.* (3). »

In generale il cessionario è responsabile di non aver fatto pagare il debitore all'epoca convenuta. È sua colpa se, essendovi il mezzo di farsi pagare, egli ha agito con trascuratezza. Il cedente non può esser ragionevolmente tenuto oltre alla impotenza avvenuta prima della scadenza, senza il fatto o la negligenza del cessionario (4).

943. Segue da ciò, che quando si vende con promessa di *fornire e far valere* un credito attualmente esigibile, il cedente risponde soltanto della solvibilità presente. Ma quanto al tempo posteriore alla cessione, egli ne viene esonerato (5); dacchè potrà sempre dire al cessionario: Perchè non vi siete fatto pagare alla scadenza? la vostra condiscendenza è causa del danno. Accusate voi stesso di un evento che a-

(4) Rousseau-Lacombe, v° *Garantie*, n. 4.
(5) *Idem.*

vete favorito non valendovi dei vostri dritti.

944. Il terzo grado di garanzia convenzionale ha luogo quando il redente si obbliga *a pagare pel debitore, dopo una semplice intimazione fatta al medesimo*. Questa garanzia differisce dalla precedente, in quanto che il cessionario non si obbliga ad altro contro il debitore fuorchè a una semplice intimazione (1). Il cedente è vero debitore personale, e il trasferimento vale in qualche modo soltanto come una delegazione atta a facilitaro il pagamento (2).

Segue da ciò, 1° che il cessionario non è obbligato a procedere contro i beni del debitore, bastandogli di averlo costituito in mora di pagare;

2° Che non è obbligato a verun provvedimento di conservazione per impedire la impotenza del debitore; perchè stipulando la garanzia dopo semplice intimazione, egli si è esonerato da qualunque altra diligenza (3).

945. Dopo aver fatto conoscere i varj gradi di garanzia, conviene accennare in che cosa si risolvono quando il compratore si trova necessitato ad esercitare il suo ricorso.

E prima di tutto, la garanzia di dritto, che come ognuno sa, è prodotta dalla mancanza di esistenza del credito, si riferisce necessariamente alla nullità della cessione (arg. dell' art. 1601 del Codice civile), e conseguentemente alla restituzione del prezzo, alle spese de'contratti, spese legali, ed ogni danno e interesse. Il cessionario non potrebbe ragionevolmente esigere l'ammontare integrale e numerico del credito ceduto; imperocchè da una parte, la non esistenza del credito deve riporre le parti nello stato in cui erano prima della vendita; dal che nasce avere il cessionario soltanto dritto al suo prezzo ed ai suoi disborsi, salvo i danni e interessi. Dall'altra parte, l'art. 1694 decide che, quando il cedente ha guarentito la solidità del debitore, è tenuto soltanto fino alla concorrenza del prezzo ritirato dal credito. Non havvi ragione perchè la cosa sia altrimenti, quando la garanzia è motivata sulla non esistenza del credito (4).

946. Quando havvi luogo alla garanzia di fatto, vale a dire quando il cedente ha guarentito la solidità del debitore all'epoca del contratto, dicevamo testè coll'art. 1694 ch'egli è tenuto soltanto fino alla concorrenza del prezzo ritirato.

A rigore, il cedente che ha promesso la solidità del debitore dovrebbe pagare in sua vece l'ammontare intiero del credito (5). Cionnondimeno il legislatore ha considerato che la vendita di un credito ha sempre qualche cosa di eventuale; che il cessionario ha comprato per un prezzo inferiore al valore nominale del titolo che gli è trasferito; ch'è quasi certo ch'ei non avrebbe ritirato dal debitore quel valore nominale intiero; che perciò non bisogna che la impotenza del debitore divenga pel cessionario una fortuna per cui riceva dalle mani del cedente ciò che non avrebbe probabilmente ricevuto dalle mani del debitore. Non sarebbe iniquo infatti che pagasse più di quello che ha ricevuto?

(1) Pothier, *Vente*, n. 572.

(2) Bourjon, t. 1, p. 469, n. 29.

(3) Pothier, *Vente*, n. 572. Loyseau, *loc. cit.*, n. 19 e 20. Lamoignon, t. 1, p. 140, n. 13.

(4) *Junge*, Duranton, t. 16, n. 512.

(5) Loyseau, *Garantie des rentes*, c. 7, n. 3.

E però la equità ha parlato in suo favore, e l'art. 1694 vuole che il cessionario sia soddisfatto se riprende i capitali sborsati. Era questo pure il sistema adottato dall'antica giurisprudenza, secondo quanto afferma Loyseau (1). Pensavano che l'azione del cessionario, siccome basata sopra una specie di vizio del credito, fosse presso a poco simile all'azione redibitoria, e dovesse star contento il compratore ripigliando il suo danaro, come se il contratto fosse stato annullato.

947. Se il debitore è insolvibile in parte, il cessionario avrà il suo ricorso contro il cedente, ma soltanto per una porzione proporzionale del prezzo che il detto cedente ha ritirato dalla cessione (2).

948. Se la garanzia è stata estesa fino alla clausola di fornire e far valere, avendo il cedente guarentito la solidità futura del debitore, egli diviene mallevadore, come abbiamo detto sopra. Ma la sua mallevadoria rimane limitata al rimborso del prezzo della cessione (3). L'art. 1694 esercita qui pure la sua equa influenza. E questo è pure ciò che voleva Loyseau. « E così, colui che promette « fornire e far valere la rendita, promette soltanto *præstare nomen nominis*...; talchè in qualunque siasi modo venga indennizzato da lui « il compratore, o pagandogli la rendita, o RESTITUENDOGLI IL SUO DANARO, ciò gli deve bastare, *e non « è ragionevole ch' egli ricari un vantaggio da una merce cattiva* (4). » Il Codice è stato compilato con idee egualmente favorevoli al cedente.

949. Ma se la cessione ha estesa la garanzia fino all'estremo suo grado di severità, se il cedente ha promesso *pagare egli stesso, dopo semplice intimazione*, siccome il cedente è obbligato personale, e vero debitore del credito, non può esimersi dal pagare la totalità del valore nominale (5).

950. Si domanda se il cessionario abbia la via esecutoria contro il cedente, o soltanto la via di azione in garanzia.

Si può rispondere al quesito soltanto con alcune distinzioni.

Se il cedente si è sottoposto alla garanzia di *pagare egli stesso*, ma senza aggiungere: *Dopo una semplice intimazione fatta al debitore*, è facile comprendere che, poichè havvi luogo ad agire contro i beni del debitore ceduto prima di ricorrere contro il cedente, è assolutamente necessario provvedersi col mezzo dell'azione onde ottenere che, attesa la detta escussione, il cedente venga condannato a pagare. Infatti, l'obbligo del cedente non è puro e semplice, esso non è chiaro e certo, è sospeso e modificato da una condizione il di cui adempimento è forza verificarlo in giudizio. Ciò viene deciso da Loyseau con termini precisi (6), e possiamo aggiungere alla sua autorità la decisione della corte di Bruxelles 13 Aprile 1811 (7), riguardante un caso in cui la garanzia consisteva *nel pagare da sè, se il debitore non pagava in un anno*.

Ma quando la clausola di garanzia è anche più estesa, quando, per esempio, viene esclusa la escussione dei beni, ed oltreciò qualunque inti-

(1) *Loc. cit.*, n. 6 e seg.
(2) Duranton, n. 514.
(3) *Junge*, Duranton, t. 16, n. 545.
(4) *Garantie des rentes*, cap. 7, n. 7 e 8.

(5) Loyseau, *loc. cit.*, n. 4 e 5. *Supra*, n. 944.
(6) Loyseau, cap. 12, n. 12.
(7) Dalloz, *Vente*, p. 922.

mazione da farsi contro il debitore del credito, come se il cedente *promettesse pagare egli stesso al cessionario senza che questi sia obbligato a veruna diligenza contro il debitore*, scorgesi, a prima vista, che cotesta clausola produce esecuzione parata, perchè il trasferimento è piuttosto un' assegnazione di debito che una vera vendita (1).

Tanto è pei due casi estremi della garanzia di fatto. Ma esiste un caso intermedio che offre difficoltà maggiore, ed è quando il cedente *promette pagare egli stesso*, *mancando il debitore al suo obbligo*, *e dopo una intimazione fattagli*, *seguita da negativa di pagamento*.

Ciononondimeno, bisogna decidere che il cessionario può procedere *recta via* esecutivamente. Infatti, le condizioni che sospendono o modificano l'obbligo del cedente, si purificano e vengono liquidate col precetto d'intimazione fatta al debitore, contenente il di lui rifiuto, precetto cui basta abbia in mano l'usciere. La liquidazione necessaria per dar luogo alla esecuzione parata, può farsi *ex conjunctione duarum scripturarum*, come dice Rebuffo; e lo possiamo desumere dalla l. 69, D. *De re judic.* Bisogna dunque conchiudere che la clausola di *pagare da sè*, così formulata, produce esecuzione parata. Loyseau opina egualmente (n. 14 e 15).

951. Oltre le diverse cause di garanzia di cui abbiamo parlato, il cedente è sempre sottoposto di dritto alla garanzia de' suoi fatti personali. Questa è la conseguenza del principio generale segnato nell'artic. 1628 del Codice civile.

Se dunque il cedente fa dopo il trasferimento atti che distruggano le garanzie del credito, se toglie ad esso le ipoteche, se offende la sua stessa esistenza, può il cessionario ricorrere contro di lui e domandare la resoluzione della cessione (2). Così giudicò la corte di Nancy con decisione inedita 21 Agosto 1833, nella lite del barone di Landoville, cedente, contro Quintard e Saint-Morys, cessionarj.

952. Le quistioni che si rannodano alla prescrizione del dritto di garanzia troveranno la loro sede sotto i comenti dell' artic. 2257.

(1) Loyseau, *loc. cit.*, n. 13.

(2) Art. 1628 e 1184 combinati.

ARTICOLO 1696.

Quegli che vende una eredità senza specificarne in dettaglio gli oggetti, non è tenuto a garantire, che la propria qualità di erede.

ARTICOLO 1697.

S'egli aveva di già convertito a proprio profitto i frutti di qualche fondo, o ricevuto l' importare di qualche credito appartenente a tale eredità, o venduti alcuni effetti della stessa, è tenuto a rimborsarli al compratore, qualora non gli abbia espressamente riservati nella vendita.

ARTICOLO 1698.

Il compratore deve dal canto suo rimborsare al venditore quanto questi ha pagato pei debiti e pesi dell'eredità, ed accreditargli quanto gli spettasse sulla medesima, qualora non esista stipulazione in contrario.

SOMMARIO.

953. Vendita di una successione. Le eredità è un ente morale distinto dalle cose che la compongono.
954. La vendita di una eredità non è permessa finchè la successione non si è verificata.
955. La garanzia di dritto si limita a guarentire la qualità di erede, eccettochè il venditore abbia determinata la importanza dello eredità.
956. Il venditore della eredità deve guarentire i suoi fatti personali. Importare della garanzia.
957. Il cedente non è obbligato a veruna garanzia quando ha venduto solamente le sue pretensioni alla eredità.
958. Se però esistesse dolo dal canto suo, egli dovrebbe restituire il prezzo.
959. La clausola senza garanzia libera soltanto dai danni e interessi, non dall'obbligo di rendere il prezzo.
960. Della vendita fatta dall'erede apparente. Del dritto del vero erede contro i terzi. Rinvio. Nuove decisioni. Disparere con Merlin.
961. Che cosa si comprenda nella vendita di dritti successorj.
962. Del caso in cui il venditore vende prima della tradizione alcune cose comprese nell'alienazione dei suoi dritti successorj.
963. Il venditore deve rendere al compratore tuttociò che ha ricevuto dalla eredità.
964. Egli deve consegnare le cose della successione nello stato in cui si trovano.
965. Esempj relativi.
966. Ma è responsabile del suo dolo per rendere l'eredità meno opulenta.
967. *Quid*, delle donazioni fatte prima della vendita, e che hanno diminuito l'eredità?
968. *Quid*, degli accordi che hanno menomato l'emolumento?
969. Dei debiti attivi della successione.
970. Il venditore deve render conto alla successione di ciò che le deve.
971. Delle servitù dovute dal venditore alla successione.
972. Se il compratore debba profittare di ciò che aumenta l'eredità per dritto di aumento.
973. Della indennizzazione attribuita alla successione per causa di emigrazione.
974. Delle cose non comprese nella vendita della eredità. Della facoltà di accettare con beneficio d'inventario.
975. Il venditore può riservarsi una cosa della eredità, ma ne deve i frutti scaduti prima della vendita.
976. Degli obblighi del compratore.
977. Se la confusione ha estinto dei dritti appartenenti al venditore, la vendita dei dritti successorj la fa cessare.
978. Il compratore deve pagare tutti gli oneri.
979. La vendita dei dritti successorj non impedisce a' creditori della successione di agire contro il venditore.
980. Ma essi possono, se vogliono, citare direttamente il compratore.
981. Dal canto suo, il compratore può agire direttamente contro i debitori della successione.
982. Se vi sia luogo a rescissione per lesione nella vendita di dritti successorj.
983. Del retratto successorio. Rinvio.

COMENTO.

953. Poichè è lecito cedere le cose incorporali, ne segue che la vendita di una eredità è autorizzata dalle leggi. L'eredità si considera qui come un dritto indipendente dalle cose che compongono partitamente la successione (1). Altro è vendere tutte le cose della successione prese una ad una, altro è vendere l'eredità medesima. La vendita delle cose particolari che compongono l'eredità, è una vendita ordinaria sottoposta alle regole del dritto comune. La vendita di una eredità è soggetta a regole particolari che adesso descriveremo.

954. Perchè sia lecito cedere de' dritti ereditarj, fa d'uopo che la succes-

(1) *Hæreditas nomen juris est, quod et accessionem et decessionem in se recipit.* Ulp., l. 178, § 1, Dig. *De verb. signif.*

sione di cui si tratta siasi verificata. Imperocchè, *viventis nulla est hæreditas*, ed ogni patto relativo a successione futura è contraria ai buoni costumi (1).

Così, se un individuo vendesse per errore l'eredità di uno che credeva morto e non lo era, il contratto non avrebbe causa, non esisterebbe vendita, e il compratore avrebbe azione per recuperare il prezzo (2) e ottenere danni e interessi (3). « *Nihil esset acti, quia in rerum natura non sit quid venierit* (4). »

955. La prima condizione della validità delle vendite di dritti successorj è dunque la esistenza di una eredità verificata. Dal che deriva che il venditore deve guarentire la sua qualità di erede. È la garanzia di dritto in simile materia (5); essa si limita a ciò, e, salvo clausola speciale, il venditore non deve guarentire la evizione di ciascuna delle cose di cui si compone la successione (6). Poco importa infatti che l'eredità sia più o meno opulenta: imperocchè il venditore non ha voluto trasmettere, ed il compratore non ha inteso acquistare, fuorchè l'eredità tal quale si componeva co' suoi dritti quali sono (7).

Avverrà altrimenti se il venditore affermò che l'eredità era di *tale e tale importanza*, e se l'avrà venduta, non già come *nomen juris*, come cosa astratta, abbracciante dritti soggetti ad aumento o diminuzione, ma come oggetto avente il tale valore; *quanta autem hæreditas est, nihil interest, NISI DE SUBSTANTIA EJUS AFFIRMAVERIT VENDITOR* (8).

956. Oltre la garanzia della sua qualità di erede, il venditore deve pure la garanzia de'suoi fatti personali. Ciò è di dritto, secondo l'artic. 1628 del Codice civile, e questo è che rammenta Ulpiano nella l. 2, Dig. *De hæred. vendit.* « *Plane de facto suo venditor satisdare cogendus est.* »

Ecco quali sono le regole in questa materia. Esse comprendono tutta la garanzia di dritto. Esse esigono nel venditore una qualità reale e non una qualità falsa o usurpata.

Quanto all'importare della garanzia, trovasi nella l. 8 al D. *De hæred. vend.*, che è tolta agli scritti di Javoleno, una distinzione che oggi bisogna seguire.

Se l'eredità che il venditore ha ceduta esiste, ma però senza che gli appartenga, il compratore avrà dritto di repetere contro di lui il valore di quella eredità. *Hæreditas ipsa æstimatur.* Il venditore non verrebbe liberato restituendo solamente il prezzo ricevuto. Imperocchè può avvenire che l'eredità abbia un valore maggiore del prezzo convenuto, e bisogna che il compratore venga indennizzato di cotesta perdita.

Ma se l'eredità ceduta non esisteva, perchè, per modo di esempio, quegli di cui era stata in buona fede supposta la morte, è tuttora in vita, il compratore repeterà il prezzo coi danni e interessi, se havvi luogo (9).

957. Ma se il cedente ha venduto

(1) Perezio, Prélect. sul Codice, lib. 4, t. 39, n. 1. Corvino, Enarrat., eod. tit., p. 229, col. 2. Pothier, *Vente*, n. 526, 527. Artic. 1600 del Codice civile. Paolo, l. 7, D. *De hæred. vendit.*

(2) Javoleno, l. 8, D. *De hæred. vend.*

(3) Paolo, l. 9, D. *loc. cit.*

(4) Pomp., l. 1, Dig., d. *t.*

(5) Bourjon, t. 1, p. 469, n. 33.

(6) L. 2, D. *De hæred. vendit.*

(7) Medesimo testo.

(8) L. 14 e 15, D. *loc. cit.* Pand. di Pothier, t. 1, p. 503, n. 12.

(9) Conanno, lib. 7, cap. 8, p. 114, n. 4. Merlin, Quest. de Droit, 9° *Héritier.*

non già l'eredità di tale persona, ma i sui dritti a quella eredità, perchè il compratore gli esercitasse per conto e rischio proprio, il cedente non è tenuto a veruna garanzia; egli non è obbligato a restituire il prezzo in caso che il cessionario soccomba. Imperocchè ciò ch'egli ha venduto non è cosa che abbia del certo, è un dritto eventuale; *non hæreditas, sed incertum hæreditatis veniit.* È l'oggetto trattato una cosa casuale, come quando comprasi un getto di rete (1).

Le leggi Romane c' insegnano che la vendita di dritti successorj è aleatoria quando vien fatta con le seguenti clausole: « *Si quid juris esset venditoris venire, nec postea quicquam præstituri* (2). » Oppure: « *Si qua sit hæreditas, esto tibi empta* (3). »

958. Ma se il venditore seppe positivamente che l'eredità non gli apparteneva, e malgrado ciò avesse venduti i suoi dritti come incerti, vi sarebbe allora dolo dal canto suo, e sarebbe obbligato di restituire il prezzo al compratore e a indennizzarlo di tutte le spese. « Hoc autem sic intelligendum, dice Cajo (4), nisi sciens ad se non pertinere, ita vendiderit. Nam tum ex dolo tenetur (5). »

959. Se il venditore avesse venduto senza garanzia, e che il compratore soffrisse evizione, vi sarebbe luogo alla restituzione del prezzo, giusta l'artic. 1629 del Codice civile; il venditore sarebbe soltanto esonerato da tutti i danni e interessi.

960. Fu molto agitata negli ultimi tempi la quistione se la vendita di una eredità fatta da colui che è soltanto erede apparente sia valida rispetto al vero erede che non si presenta. Ho trattata la presente quistione nel mio comento sulle ipoteche (n. 468).

Ma da quell'epoca, le cose hanno progredito; la corte di Poitiers ha dato al sistema che difendiamo l'appoggio di una decisione autorevole per principj e per logica (6), e in un caso in cui l'erede apparente conosceva i dritti dell'erede legittimo (7), essa ha ammessa l'azione in rivendicazione contro i terzi detentori di buona fede, escludendo così quella teoria intieramente distruttiva del dritto di proprietà, giusta la quale la buona fede degli acquirenti che hanno trattato con un individuo, avendo giusto motivo di crederlo erede, li salva dalle ricerche di colui che aveva veramente dritto alla successione (8).

Nè questo è tutto: la corte di cassazione fece tali progressi verso la parte cui ci siamo accostati, che non le resta più che un passo da fare per abbandonare intieramente l' antica sua giurisprudenza ed esser con noi. Con decisione del 26 Agosto 1833, che cassa un giudicato di Parigi 1° Maggio 1830, essa infatti statuiva che il compratore di buona fede di una eredità, può evincersi dall' erede reale, quando anche il detto compratore avesse acquistato da un erede apparente, che aveva giusto motivo di cre-

(1) Ulp., l. 11, D. *De hæred. vendit.*

(2) Javol., l. 10, D. *De hæred. vendit.*

(3) Ulp., l. 11, D. *loc. cit.*

(4) L. 12, *loc. cit.*

(5) *Junge*, Pothier, *Vente*, n. 529.

(6) 18 Aprile 1832 (Dal., 32, 2, 51).

(7) Dico che il venditore, erede apparente, non era di buona fede; perchè era una madre, istituita legataria universale da suo marito, e che, con tal titolo, aveva venduto dei beni ad onta dei dritti di sua figlia, erede del sangue, di cui nulla le provava la morte. Aggiungo però che la decisione della corte di Poitiers è motivata in termini generali, ed esclude le autorità invocate, quando l' erede apparente è di buona fede.

(8) Così dunque viene a condannarsi il sistema della corte di Caen, di cui ho parlato *loc. cit.*

dersi legalmente investito della successione (1). Questa decisione notabile si appoggia sugli art. 136, 137, e soprattutto sull'art. 1696 del Codice civile (2); essa conduce necessariamente a condannare la dottrina di Merlin, e ad abbandonare la teoria creata dalle leggi Romane e adottata da alcune antiche decisioni. È vero che la decisione che cito si riferisce al caso in cui trattasi della trasmissione di una universalità di dritti; essa è estranea alla specie decisa con giudicato della stessa corte del 3 Agosto 1815, in cui l'alienazione concerneva un oggetto speciale e singolare della eredità; ed è noto come Merlin insegni doversi fare una gran distinzione tra queste due ipotesi. Sennonchè proveremo adesso che tal distinzione è chimerica, contraria alla ragione ed incapace affatto di spiegazione; talmentechè se la quistione si presentasse ancora, la corte suprema, vincolata dal suo giudicato del 1833, potrebbe soltanto dare una mentita alla sua decisione del 1815. Questa discussione di supplimento alla dissertazione inserita nella mia opera sulle ipoteche, trova naturalmente il suo posto in un comento sull'art. 1696.

Nel dritto Romano esisteva su tal materia una connessione di principj come adesso diremo.

Un Senatus-consulto di Adriano, relativo alla petizione di eredità esercitata dall'erede legittimo contro l'erede apparente, aveva statuito che l'erede apparente di buona fede sarebbe tenuto soltanto fino a concorrenza di ciò che vi avesse lucrato « Eos autem « qui justas causas habuissent quare « bona ad se pertinere existimarent, « *usque eo duntaxat* (teneri) QUO LO- « CUPLETIORES EX EA RE FACTI ES- « SENT (3). » E queste ultime parole avevano qui un senso speciale; nei casi ordinarj, per avervi lucrato, secondo la intelligenza di allora, bastava aver ricevuta una cosa (4). Ma nella petizione di eredità, bisognava non solo averla ricevuta, ma possederla ancora e non averla consumata o dissipata (5).

Da ciò, i giureconsulti Romani, comentatori del Senatus-consulto, avevano concluso che l'obbligo dell'erede apparente di buona fede non doveva essere maggiore quando, lasciato in pace dall'erede legittimo, veniva sottoposto ad azioni di regresso dal lato dei terzi detentori molestati dal vero erede. Sembrò ai medesimi, che per essere consequenti col Senatus-consulto, non bisognava che la sua qualità di erede putativo fosse più onerosa a lui per un ricorso indiretto, che per un ricorso diretto.

Così, per esempio, se l'erede apparente avesse alienato, e quindi avesse consumato il prezzo, siccome l'erede reale non avrebbe avuto contro di lui veruna azione diretta, non conveniva che ne avesse una contro l'acquirente; imperocchè questi avrebbe esercitato un ricorso in garanzia contro il suo venditore, e con questa via obliqua, l'erede apparente di buona fede sarebbe stato obbligato di pagare al compratore ciò ch'era dispensato di pagare all'erede reale. Questo c'in-

(1) Dal., 32, 1, 207. La decisione di Parigi è al volume del 1830, 2, 217.

(2) Duranton cita una decisione simile della corte di Douai, di cui dice avere personale notizie, 17 Agosto 1822 (t. 1, p. 503).

(3) L. 20, § 6, D. *De petit. hæred.*

(4) L. 17, D. *Quod metus causa.*

(5) Mie com. sulle Ip., n. 468.

segna Ulpiano nella l. 25, § 17, D. *De petit hæred.*, che ho spiegata nel mio comento sulle Ipoteche.

Del resto, in tutti i casi in cui non havvi luogo a garanzia, oppure, in cui l'azione in garanzia non assoggetta il venditore di buona fede a ripetizioni più considerevoli della petizione di eredità, i terzi acquirenti, tanto della totalità, quando di parti della eredità, possono esser ricercati e soffrire evizione dall' erede reale. Così decidono espressamente le leggi 13, § 4, D. *De petit hæred.*, 2 e 7, C. medesimo titolo, e 4, *In quib. causis cessat longi temporis præscriptio*, le quali credo debbano così combinarsi con la l. 25, § 17, D. *De petit hæredit.*

È questa, secondo me, la teoria del dritto Romano; in questo senso io la esponeva nel mio comento sulle ipoteche, e secondo me non si deve stabilire alcuna differenza tra la vendita della eredità stessa, e lo smembramento parziale della eredità. Nell' uno e nell'altro caso la eccezione *ex persona venditoris* si poteva opporre dal compratore; altrimenti avrebbesi deviato dal concetto del S.-C. di Adriano, e poste in non cale tutte le regole del raziocinio, siccome lo ha egregiamente dimostrato il presidente Fabro (1).

Insistiamo un momento su questo punto, che Merlin ha rigettato. Esso è il nodo della discussione attuale.

(1) Mio com. sulle Ip., n. 468. Duranton ha scritto sulla quistione che mi occupa in questo momento, una dissertazione interessante, di cui le conclusioni sono presso a poco le medesime di quelle cui son giunto nell'opera citata (t. 1 del suo *Cours de droit Français*, n. 557, 558 e seg.). Cionnondimeno non posso adottare tutti i mezzi che adopra per combattere Merlin, e tutte le spiegazioni ch'egli dà delle leggi Romane.

1° Duranton pensa che queste parole della l. 13, § 4, D. *De petit. hæred.*, « *ne singulis judiciis vexa-* « *retur* », si riferiscano al compratore, non già al vero erede. Ma basta leggere il comento del presidente Fabro su questa legge, e riconoscere le differenze che il dritto Romano poneva tra la petizione di eredità e l'azione di rivendicazione, relativamente alla difficoltà che contrastava all' attore il suo intento, per convincersi che le parole di cui si tratta concernono l' erede reale. (V. il mio com. sulle Ip., n. 463).

2° Duranton oppone al senso delle parole *quod præjudicium hæreditati non fiat*, contenute nella l. 25, § 17, D. *De petit. hæred.*, difficoltà che mi sembrano prive di fondamento. Merlin, di cui critica la spiegazione, non ha fatto che seguire il dotto lavoro d'interpetrazione del presidente Fabro, che è ciò che conosco di più verisimile su quelle parole oscure. Secondo Duranton, Merlin è in errore dicendo che la circostanza del non possedere più l'erede apparente veruna parte della eredità, sia ostacolo all'esercizio dell'azione diretta innanzi al tribunale dei centumviri. Imperocchè, dice Duranton, non è necessaria una discussione di fatti per sapere se l'erede apparente ebbe o non ebbe vantaggio? E come potere accertare tutti questi fatti senza azione di petizione di eredità? Ma Duranton non osserva che Ulpiano parla in una ipotesi in cui è certo, positivo, riconosciuto che tutto è compinto. Il giureconsulto lo dichiara in termini espressi nel proporre la quistione: *Nec pretio factus sit locupletior.*

D'altronde, Merlin non ha mai preteso che tale *difficoltà di procedura*, desunta dalla competenza dei centumviri, dovesse avere qualche influenza nel nostro dritto. Egli riconosce positivamente che non si collega alla decisione di Ulpiano, e che quel giureconsulto fu mosso da altri motivi (pag. 333, col. 1, *in fine*, e col. 2). E ciò fu stabilito da me pure. Duranton dunque si affatica inutilmente per allontanare la eccezione, *ne præjudicium hæreditati fiat*. Essa è rigettata da Ulpiano, come da Merlin e da tutti gli autori.

3° A me non sembra che Duranton abbia inteso il senso del passo *Et puto res vindicari, nisi emptores*, etc. (l. 25, § 17, D. *De petit. hæred.*). Ecco come egli si esprime: « Ulpiano intende probabilmente » che la petizione di eredità debba decidersi anticipa- » tamente col venditore; che se è debitore di un re- » sto, andrà soggetto alla escussione dei beni, e che » soltanto nel caso d' insufficienza il vero erede agirà « contro gli acquirenti (pag. 493, n. 573). » Ma Ulpiano dice precisamente il contrario. Egli non decide che si debba procedere anticipatamente contro il falso erede; imperocchè profferisce queste parole decisive: *Et puto res vindicari*. Egli rigetta l' eccezione pregiudiziale. Del resto, Duranton, per quanto io sappia, è il solo giureconsulto che abbia inteso in tal modo la leg. 25, § 17. È vero che egli cita Vinnio; ma, quando quel giureconsulto parla della eccezione di escussione, egli non la deriva dalla legge 25, § 17, ma dalla l. 13, § 4. Se trovasi cotesta eccezione nella

L'azione utile contro il compratore della eredità fu introdotta PER EQUITA' in luogo dell'azione *in rem*, onde rendere meno dura la posizione dell'attore. Ma poichè quella è una imitazione favorevole di questa, come potere ammettere che il venditore di buona fede sia obbligato più rigorosamente, perchè il compratore sarà stato intimato in forza dell'azione utile, che se fosse stato richiesto in forza dell'azione speciale? Come comprendere che nell'azione *in rem* vi sia luogo alla eccezione *ex persona venditoris*, e che non si possa opporre nell'azione utile? E però Malpel, che ha dato man forte a Merlin sulla nostra quistione, non ammette la differenza del tutto inesplicabile che quest' ultimo giureconsulto vuol mantenere tra le due azioni. Il professore di Tolosa riproduce le spiegazioni razionali del presidente Fabro, senza però citarlo. « Ora, egli dice, poichè risulta dal « testo medesimo del § 4 della l. 13, « che l'azione utile rontro l'acquirente della eredità intiera si sostituisce « soltanto alle domande di rivendica« zione di ciascuna delle cose della « eredità, l'analogia conduce eviden« temente alla conseguenza che l'ec« cezione acrordata all' acquirente « delle cose singolari può egualmen« te invocarsi dal compratore della « eredità intiera, quando l'alienazio« ne è stata fatta con promessa di « garanzia, o puramente e semplice« mente (p. 431). » Nulla, secondo me, si può rispondere a coteste ragioni, che sono quelle ch'io pure ho esposte in altri termini nella mia opera sulle ipoteche (p. 183).

Nell'ultima sua edizione delle Quistioni di dritto, Merlin ha insistito di nuovo sulla sua idea (1); egli persiste a sostenere contro Malpel, che la eccezione *ex persona venditoris* non si può invocare fuorchè nel caso di vendita di cose singolari della eredità. In prova di ciò, egli stabilisce che la l. 13, § 4, versa precisamente sopra una specie in cui il venditore della eredità era sottoposto a un regresso pregiudiziale in garanzia dal lato del compratore ricercato dall'erede reale. Ma Ulpiano non parla della eccezione *ex persona venditoris*, benchè l'accorda nelle stesse circostanze (2), quando la vendita compreude cose singolari della eredità.

Ma vediamo se è vero che le circostanze della leg. 13, § 4, sieno le medesime che nella l. 25, § 17.

Nella legge 13, § 4, Ulpiano suppone dapprima, che il venditore della eredità non esista più, e che la sua successione sia vacante. Ma è troppo evidente che in questo caso il compratore non avrà ad argomentare dell'intercsse del venditore; il buon sen-

l. 25, § 17 (e ne convengo anch'io), egli è soltanto nel passo che incomincia da queste parole: *Quid tamen*, etc.

4° Duranton si fa meraviglia che non sia stato insistito di più sulle leggi 2 e 7, C. *De petit. hæred.*, e sulla l. 4, al C. *In quib. causis cessat longi temp.* Ma la ragione è semplice. La discussione era impegnata contro Merlin, il quale riconosce positivamente il principio che, nel dritto Romano, l'azione di rivendicazione può esercitarsi contro i terzi detentori (salva la eccezione di cui parla). Era dunque inutile insistere sopra citazioni intese a stabilire una regola riconosciuta da quello contro cui si voleva combattere: la discussione doveva aggirarsi sul merito della eccezione ch'egli vuole introdurre nel dritto Francese.

5° Finalmente, quando Duranton nega la esistenza per dritto Romano della eccezione *ex persona venditoris*, non osserva forse quanto dovrebbe ch'essa è una conseguenza molto logica della disposizione del S.-C. di Adriano.

(1) *Héritier*, p. 321, supplimento.

(2) Nella l. 25, § 17.

so dice, che quando il venditore è morto e non havvi alcuno che lo rappresenti, il suo interesse è nullo; e però Ulpiano è conseguente a sè stesso quando trascura di parlare della eccezione *ex persona venditoris.* Non esisteva ragione di occuparsene, ed ognuno dee comprendere la immensa differenza che corre tra questa ipotesi e quella in cui il venditore è posto dalla l. 25, § 17, accanto all'acquirente, per assumere una garanzia che può imporgli condizioni più onerose di quelle cui lo sottopone il S.-C. di Adriano.

Dopo questo primo caso, Ulpiano ne contempla un secondo; quello cioè in cui l'eredità fu venduta a vil prezzo. Qui Ulpiano nulla dice che possa far supporre che quel prezzo fosse consumato dal venditore di buona fede. Dobbiamo dunque ragionare come se sussistesse nelle mani del medesimo. Il venditore esiste: può essere ricercato dall'erede reale in virtù dell'azione diretta in petizione di eredità. Ma a questo giova assai più avere la cosa piuttosto che un prezzo vile e piccolissimo (1); potrà egli molestare il compratore della eredità?

Senza dubbio, risponde Ulpiano, come Cajo Cassio, e qui egli non parla ancora della eccezione *ex persona debitoris.* Ma ciò significa forse ch'egli contraddica la dottrina che insegna nella l. 25, § 17, o che accordi maggior favore al venditore di una cosa singolare che a quello che ha venduta l'eredità (2)? No! secondo me. Havvi in ciò una ragione che mi sembra convincente.

Ed è questa: nella l. 13, Ulpiano si occupa soltanto della qualificazione dell'azione da intentare contro il com-

(1) *A venditore non expedit, perexiguum pretium habente*, dice Ulpiano nel § 5 della l. 13, secondo Papiniano. Ma in quel § non havvi luogo a garanzia. Trattasi di un erede testamentario che ha venduto a vil prezzo a un fidecommissario in virtù di una clausola di un testamento annullato.

(2) Farò qui un'osservazione. Capisco bene che quando il valore rappresentativo della eredità è intieramente consumato (come nel caso della l. 25, § 17), l'erede apparente essendo esonerato dalla petizione di eredità, non avvi luogo per contraccolpo a un'azione contro il compratore. Quando il venditore non è obbligato a nulla, il compratore dev'essere esente da ricerca. Ma quando il prezzo esiste, e può conseguentemente motivare la petizione di eredità, mi sembra strano che il compratore sia esente dalle ricerche. Dacchè il venditore è tenuto del capitale, il compratore deve esserne egualmente tenuto. Il venditore essendo soggetto all'azione per petizione di eredità, il compratore dovrebbe esser sottoposto all'azione di rivendicazione, perchè l'estensione del regresso contro l'uno si misuri in giusta proporzione sulla estensione del ricorso dell'altro. Si obbietterà forse che la petizione di eredità è limitata al prezzo esistente, mentrechè, per l'effetto dell'azione vendicatoria esercitata contro il terzo acquirente, il venditore sarà tenuto di pagare, oltre al prezzo, i danni e interessi, e che perciò sarà tenuto *plus quam locupletior factus est?* Ma si potrà rispondere, cred'io, col ragionamento seguente. Il venditore costretto a pagare i danni e interessi, li prenderà sulla eredità, onde attenersi al S.-C., che non vuole perda nulla del suo. Così l'eredità sopporterà i danni e interessi. Ma non è in forza della massima *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* In fine, come l'ho dimostrato, n. 457, l'eccezione di garanzia è divisibile. Conseguentemente, l'azione del vero erede dovrebbe essere inammissibile pe' soli danni e interessi, o in altri termini egli potrebbe riprendere la cosa pagando i danni e gl'interessi. Egli può ritrovarvi un utile, perchè sovente l'immobile ha di per sè stesso un vantaggio tale che avvi luogo a fare qualche sacrificio onde possederlo in natura. D'altronde, ciò che ricerchiamo qui con Ulpiano, è il principio, fatta astrazione da tutte le circostanze particolari, e conduce a spogliare il compratore, anche nelle regole del dritto Romano, quando il prezzo sussiste, e l'eccezione *ex persona venditoris* è limitata ai danni e interessi.

Dunque ci potremmo forse valere di queste riflessioni per ispiegare il perchè Ulpiano non parli della eccezione *ex persona venditoris*, nella l. 13, § 4. Ed è perchè, nella specie, essa non paralizzava l'azione. Cionondimeno non oso dire che tale sia stato il suo concetto, e non vorrei farlo parlare suo malgrado. Ma la cosa che mi sembra certa si è, che questa idea è logica: però la sottopongo alle meditazioni dello studioso lettore.

pratore della eredità. Diremo che sia una petizione di eredità? una rivendicazione? I caratteri di somiglianza ch'essa ha con la petizione diretta, non debbono farla qualificare qual petizione utile? Ecco l'idea che preoccupa Ulpiano. Egli non pensa ancora alle eccezioni cui l'azione è soggetta; imperocchè, prima di trattare delle eccezioni, bisogna esser certi del carattere dell'azione. Il capitolo delle eccezioni viene dopo; ne troviamo un frammento nella l. 25, § 17, che sembra specialmente consacrato a questa materia, poichè il giureconsulto ne rileva tre ad un tempo; cioè, 1° l'eccezione *ex persona venditoris;* 2° l'eccezione *ex persona emptorum;* 3° l'eccezione *doli.*

Nè dobbiamo stupire se trovasi in Ulpiano questa divisione metodica. Quando egli scriveva, la petizione di eredità non era ancora riconosciuta come un'azione di buona fede (1). Se dunque le eccezioni contro la domanda non erano proposte, non potevano supplirsi di ufficio. Bisognava che il contraddittore se ne facesse un mezzo espresso, altrimenti l'azione sussisteva in tutta la forza, e proseguiva il suo corso. Ulpiano potè dunque ragionare sull'azione, astrazione fatta dalla eccezione. Del resto, non possiamo supporre che la vendita di cui parla nella l. 13, § 4, fosse fatta senza garanzia e in condizioni in cui il regresso per evizione non avesse luogo?

Così cessiamo di credere che le leggi 25, § 17, e 13, § 4, sieno il prodotto di due sistemi diversi. Bisogna necessariamente spiegarle l'una coll'altra; altrimenti insorgono difficoltà incomprensibili. Imperocchè, per qual ragione dovrebbe essere ammessa l'eccezione *ex persona venditoris* nel caso di vendita di cose speciali della eredità, ed essere rigettata quando è la vendita della eredità stessa che dà luogo all'azione utile?

Si è tentato più volte spiegare il quesito, ma sempre invano.

Brunemanno, di cui la dottrina è quella adottata da Merlin, pretende che la l. 13, § 4, D. *De petit. hæred.*, debba intendersi in questo senso, che il compratore della eredità non aveva regresso contro il venditore, perchè trattavasi di evizioni parziali. « Sed « ibi agitur de emptore hæreditatis « qui *de singulis rebus evictis non ha-* « *bet regressum* per l. 1, C. *De evict.* » Ma Brunemanno non parla seriamente delle evizioni parziali, mentre che, giusta la l. 13, § 4, è la eredità stessa, il *nomen* tolto al compratore, e il venditore deve sempre guarentire la sua qualità di erede a quello cui egli ha venduto i suoi dritti successorj.

Merlin ha proposti altri mezzi di conciliazione. In primo luogo, ha invocati gli scritti di Ulpiano che noi non abbiamo per ispiegare quelli che abbiamo; in seguito vuole che il venditore della eredità sia più colpevole verso il defunto, che il venditore di cose singolari della eredità, perchè ha ammesso un estraneo al segreto degli affari di quello cui egli succede. Vinto da Toullier su quel punto colle armi del ridicolo, Merlin ha fatto nell'ultima sua edizione un nuovo sforzo (2). « Il venditore della eredi- « tà, egli dice, ha fatto passare tutti « i suoi dritti nella persona del com- « pratore. Questi tiene, riguardo al- « l'erede vero, il posto dell'erede pu-

(1) Ce lo dice Giustiniano (Inst., *De act.*, § 28).

(2) Sup. *Héritier*, p. 321, 322.

« tativo. Ora, il primo potrebbe evin« cere il secondo (1). Dunque, egli « avrà lo stesso dritto contro quello « che rappresenta l'erede. » Certamente non si potrebbe dir meglio per giustificare il principio dell'azione in tesi ordinaria. Ma Merlin non riflette che dietro lui sta il S.-C. di Adriano, con la regola che il venditore non dev'esser tenuto se non *in quantum locupletior factus est.* Ora, se il compratore della eredità è evinto, ricorrerà contro il suo venditore; domanderà i danni e gl'interessi, e così il venditore sarà tenuto al di là dei limiti del S.-C. Il venditore dell'eredità è dunque posto fuori della legge!!! E perchè questa posizione anomala? Merlin avrebbe dovuto darci la chiave dell'enigma; ma è cosa che non potrà mai spiegare razionalmente.

Colle ragioni date testè da quel giureconsulto, sarebbe cosa facilissima l'escludere la eccezione *ex persona venditoris*, nel caso in cui trattasi della vendita di cose singolari dell'eredità. Si dirà al compratore: « Voi « non avete dritto maggiore che il vo« stro autore. Occupate il suo posto « per la cosa che avete comprata da « lui. Ora, il vostro venditore poteva « essere evinto. Dunque, etc. »

Ma chi non vede che questi sillogismi sono fuori di luogo, al cospetto del S.-C. che è la regola speciale della materia, e che fa cedere i principj generali alle sue disposizioni di eccezione? Se il S.-C. si applica al venditore della eredità come al venditore di cose singolari della eredità, è certo che l'argomentazione di Merlin è tanto impotente quanto quella che abbiamo imitata da lui. In tutti i casi in cui vi sarà protezione particolare accordata al venditore, vi sarà luogo alla eccezione *ex persona venditoris*, acciò il venditore non sia gravato più indirettamente che direttamente.

Insistiamo dunque nell'affermare che nel dritto Romano il S.-C. di Adriano e la ragione si opponevano egualmente alla differenza tra il caso di vendita della eredità, e quello di vendita di cose speciali della eredità.

Vediamo adesso se il S.-C. di Adriano e le conseguenze che ha generate sono passate nel dritto Francese.

Ho osservato nel mio comento sulle ipoteche, e Merlin confessa, *che la nostra antica giurisprudenza non faceva alcun conto delle leggi Romane, le quali dispensavano l'erede apparente di buona fede dal restituire al vero erede il prezzo delle vendite che egli aveva fatte, quando dopo averlo ricevuto lo aveva perduto per colpa propria, o distrutto in spese stravaganti;* CHE, ATTENENDOSI ALLA EQUITA' NATURALE, *il nostro antico dritto attribuiva al solo fatto della recezione del prezzo, la presunzione che il venditore lo possedesse tuttavia, o ne avesse fatto un impiego utile!!!*

Perchè cotesta deviazione dalle leggi Romane? Perchè queste leggi obbligavano a discendere nei segreti degli affari privati, perchè obbligavano a svelare il bilancio delle facoltà, perchè facevano dipendere l'esito della petizione di eredità da investigazioni più curiose che utili, e più speciose in teorica che possibili in pratica.

Ecco dunque il S.-C. di Adriano considerevolmente sommosso dal dritto Francese, o, ed è la stessa cosa, dalla *equità naturale*, come dice Merlin.

(1) Secondo i casi: perchè se l'erede apparente avesse consumato ogni cosa, non vi sarebbe azione contro di lui.

Ammesso ciò, vediamo derivarne conseguenze gravissime.

E in primo luogo, se la petizione di eredità dee proseguire il suo corso senza essere obbligata a immischiarsi nei calcoli di facoltà private, inaccessibili a una prova contraddittoria, se ne deve concludere che l'erede apparente sarà tenuto di tutte le obbligazioni che gravano un detentore di buona fede giusta il dritto comune. Invano ei vorrebbe ricondurre la quistione a un punto di fatto unico, cioè, se la sua adizione gli fu profittevole o dannosa; poco importa! la quistione non istà in ciò: essa è ne' punti di dritto, ne' principj generali cui niuna considerazione particolare permette derogare giusta il dritto francese. Nel dritto Romano tutto si riferiva, in virtù del S.-C. di Adriano, a una quistione di fatto: Di che cosa l'erede apparente si è avvantaggiato? Nella giurisprudenza moderna questo punto di fatto è allontanato, i principj soli restano in vigore, perchè quì il fatto servirebbe soltanto ad oscurare il dritto, e tormentare la giustizia con inutili ricerche.

Merlin e Malpel portano opinione contraria. Essi vogliono che almeno l'erede apparente non sia obbligato che per quanto ha ricevuto; talmentechè, se fosse citato a pagare qualche cosa oltre a quanto ha ricevuto, abbia motivo di opposizione. Per esempio, Pietro, erede apparente, vende per 20,000 franchi una casa compresa nella successione. Giacomo, erede reale, vuole evincere il compratore, che cita il suo venditore in garanzia non solo per la restituzione del prezzo di 20,000 fr., ma ancora per 5,000 fr. di danni e interessi. In questo caso, Malpel e Merlin sostengono che il venditore avendo ricevuto soltanto 20,000 fr., non dev' essere costretto a prendere sul suo patrimonio 5,000 fr. per indennizzare il compratore; che perciò il vero erede non deve riuscire in una pretesa che tende a gravare l'erede apparente in una misura che eccede ciò che ha ricevuto.

Ma, o io m' inganno, o questa pretensione dell' erede apparente suscita uno di quei calcoli che il dritto francese ha voluto evitare. Infatti, egli pretende che sia obbligato a prendere sul patrimonio suo proprio l'ammontare dei danni e interessi. Ma questo è un punto molto dubbio: chi può sapere, per esempio, se il godimento della eredità non sia stato per lui una tal sorgente di ricchezze ch'egli abbia fatti considerevoli risparmj, e si sia avvantaggiato talmente da poter pagare i 5,000 fr. co'suoi risparmj capitalizzati? Il dritto Romano l' obbligava a tener conto dei frutti che lo avevano arricchito. *In bonæ fidei autem possessore hi tantum fructus veniunt in restitutione, quasi augmenta hæreditatis*, PER QUOS LOCUPLETIOR FACTUS EST (1). Questi profitti, questi capitali derivati dai capitali successorj entravano nel conto, quando opponevasi al vero erede che la sua azione contro i terzi andava a ferire per contraccolpo l'erede apparente. Non ho dunque ragione di dire che la dottrina di Merlin e Malpel apre l' adito a tutte queste dispute di calcolo in cui la verità si deve necessariamente smarrire? Dovrà forse l'erede reale, per provare la falsità della obbiezione, indagare se collocamenti vantaggiosi in una manifattura o in azioni di com-

(1) Paolo, l. 40, § 1, D. *De petit. hæred.*

mercio hanno aumentato i valori ricevuti dall'erede apparente; se compre di terreni effettuate opportunamente col prezzo delle vendite ch'egli ha fatte, lo hanno arricchito, etc., etc? È chiaro che la obbiezione dai due autori che io combatto posta in bocca all'erede apparente, è uno stimolo a dibattimenti che i costumi francesi hanno inteso proscrivere. Conseguentemente essa vuolsi respingere, come avanzo di un sistema di calcolo incompatibile col nostro dritto. L'erede apparente ha preso l'eredità in buona fede, e ciò va bene; non verrà ricercato fuorchè per le obbligazioni di un detentore di buona fede; ma qualunque volta trasferisca le difficoltà sul campo dei profitti o delle perdite che la sua adizione gli ha prodotti, potrà essere compianto, ma non approvato dai giudici fedeli alle nostre massime. Tal'è la conseguenza gravissima della abrogazione delle leggi Romane in quanto concerne l'*in quantum locupletior factus est*.

E però, quando la quistione di dritto ch'esaminiamo fu suscitata in Francia, venne considerata spessissimo in diverso aspetto dalle leggi Romane. Sennonchè confesso, che nei paesi di dritto scritto, taluni autori, ligj a'principj del dritto Romano, adottarono la decisione della leg. 25, § 17, al Dig., *De petit. hæred.* Furgole n'è la prova (1) e la confermano quattro giudicati del parlamento di Tolosa citati da Malpel (p. 428). Ma altrove si dichiaravano contro le alienazioni, testimone Lebrun (2), oppure si fondavano unicamente sulla buona fede dell'acquirente per mantenerle; testimone il nuovo Denizart (3), e le decisioni del parlamento di Normandia, così spesso citate dagli scrittori che combattiamo. Poichè, non dobbiamo dimenticare che la decisione Malandrin, che tanto ha influito sulle decisioni ulteriori, decisione del 19 Giugno 1739 (4), che ha regolata l'opinione della corte di Caen e di tanti giureconsulti distinti, è profferita in un caso in cui il venditore sapeva di non essere erede, oppure, il che è lo stesso, conosceva l'esistenza dell'erede legittimo più prossimo parente del defunto. Intanto egli aveva preso possesso della successione senza fare a quell'erede veruna intimazione perchè cessasse dal suo ripudio. Siccome si esprime Flaust, *egli desumeva tutti i suoi dritti dalla inazione dell'erede reale* (5), che abitava lo stesso paese, e di cui non ignorava i dritti. Così è chiaro che, in tali circostanze, è solo la buona fede del compratore che indusse la decisione del parlamento di Rouen, e non mi è possibile scorgervi, con Merlin, l'applicazione della l. 25, § 17, D. *De petit. hæred.* E però Flaust, comentatore dello statuto di Normandia, cui siamo debitori della particolare notizia di quel giudicato, pensa che, dietro l'autorità del medesimo, bisogna sempre dichiararsi pel compratore, sia che il venditore agisse di buona fede, sia che usurpasse l'eredità con dolo, ed anche con testamento falso (6).

Dunque coteste opinioni diverse, coteste decisioni contradittorie, cotesti esami senza accordo, non varran-

(1) Test., t. 4, p. 63, n. 100.

(2) Lib. 3, cap. 4, n. 57.

(3) V° *Héritier*, § 2, n. 16. Egli assomiglia gli atti di *alienazione* agli atti di amministrazione!!!

(4) Merlin la cita distesamente. Quest. de droit, v° *Héritier*, p. 325, sup.

(5) Riferito da Merlin, *loc. cit.*, p. 328.

(6) Merlin, *loc. cit.*

no a provare la unanimità che è necessaria per poter dire che il sistema del dritto Romano fu effettivamente consentito in Francia. Se non m'illudo, il favore dell'acquirente ha esercitato sulle decisioni tanta influenza, quanto la buona fede del venditore (1). Ho giustificata questa mia opinione con citazioni irrecusabili. A' nostri giorni, il giudicato di Caen, le dottrine di Chabot (2), che riflettono que' frammenti di giurisprudenza trascinati dal favore di un acquirente di buona fede, provano, più che altro, doversi addebitare l'errore, ben più che al dritto Romano, a molte delle decisioni che ci vengono opposte.

Ora è da esaminare quello che ci presenta intorno a ciò il Codice civile. Se veramente trovasi in esso una regola che si accosti al S.-C. di Adriano, egli è nell'art. 132, ch'è tutto eccezionale. Infatti bisogna che siavi stata definitiva immissione in possesso dei beni dell'assente, perchè ricomparendo questo sia obbligato riprenderli nello stato *in cui si trovano*. In tutti gli altri luoghi il Codice civile segue delle regole che non si possono combinare col S.-C. di Adriano.

Infatti è un principio dominante tutto il Codice, che la vendita della cosa altrui è nulla. Or bene, è certo che l'erede il quale, illuso sulla sua qualità, s'ingerisce in una successione, la vende come sua, o la scorpora mediante delle alienazioni, aliena la cosa altrui, cosa di cui è investito di fatto e non di dritto (art. 724 del Codice civile. Basiamoci dunque su questo principio certo che non possiamo modificare col S.-C. L'art. 1599 del Cod. civile, combinato coll'art. 1630, rende il venditore passibile di un regresso in garanzia, che nessuna considerazione di favore può limitare. L'art. 1696 vuole ancora che il venditore di dritti successorj guarentisca la sua qualità di erede. Dunque, i suoi atti come erede apparente possono impugnarsi anche riguardo ai terzi, nè si ammette motivo d'inammissibilità contro la domanda dell'erede reale. Nulla si può dire in contrario a cotesta sequela di disposizioni precise. L'erede reale è proprietario: trovasi investito fino dal giorno dell'apertura della successione; dunque tuttociò che viene venduto a danno de' suoi dritti è vendita della cosa altrui; dunque il vero proprietario può valersi della rivendicazione; dunque il venditore deve guarentire i compratori molestati da cotest'azione; dunque in ultimo su lui ricade definitivamente il regresso dell'erede reale. E simile resultato altro non è che la conseguenza dell'annullazione del disposto dal S.-C di Adriano *in quantum locupletior factus est*. E se vuolsi render completa la dimostrazione, aggiungete a ciò il testo dell'art. 137 del Cod. civile.

E oltre a ciò, potremmo a ragione domandare perchè l'erede apparente dovrebbe in dritto goder solo quella favorevole eccezione che Merlin vorrebbe attribuirgli. Perchè escluderne colui che fu ingannato, comprando da un falso proprietario (3), e che, rivendendo in buona fede, è

(1) Nel giudicato del parlamento di Parigi del 17 Giugno 1744, che venne preceduto da una memoria di Cochin (t. 5, pag. 651), non era in verun modo certo che il venditore fosse di buona fede. Vedi la memoria di quel celebre avvocato.

(2) Sull'art. 756, n. 15. Egli vuole che si mantenga quello che ha comprato da un venditore di mala fede.

(3) Ho fatto vedere, nella mia prefazione del comento delle Ip., che vi sono dei casi in cui *non basta prudenza umana* bastante a guarentire un compratore da certi ingenui.

quindi passibile, in caso d'evizione, di danni e interessi? Perchè escluderne l'erede che ha venduto la cosa legata ignaro di un testamento, e che, quando il terzo acquirente viene evinto dal legatario, trovasi esposto a soffrire dei danni e interessi di natura tale che eccedono le forze di una eredità, di cui l'emolumento più limpido era forse la cosa venduta? Sennonchè Merlin riconosce che, in questi diversi casi, il favore del venditore non può far cedere i veri principj, i principj protettori del dritto di proprietà. Ma dopo una simile concessione, si domanda dov'è la logica, e fanno stupore gli sforzi operati per introdurre nel dritto francese una teorta che i suoi seguaci stessi stimano non bene fondata, nè osano abbracciarla apertamente nè applicarla a tutti i casi analoghi.

Il venditore dell'eredità deve dunque rientrare nel dritto comune, se vogliamo essere conseguenti.

La corte di cassazione se ne accorgeva; e si basava sull'insieme degli articoli già citati onde annullare la decisione della corte di Parigi, e per mantenere l'erede reale nel dritto di ricercare il terzo acquirente della eredità. Così essa riconosce e confessa apertamente che il dritto Romano oggimai è estraneo alla quistione.

S'esso non ha influenza per proteggere la vendita della eredità, deve essere egualmente impotente a render valida la vendita di cose singolari della eredità. I testi sono i medesimi; le ragioni identiche, e l'immaginazione più feconda verrebbe meno nel tentativo di scuoprire tra i due casi una differenza sensibile. Dunque il sistema Romano, che Merlin vorrebbe porre nuovamente in credito, è oggimai percosso a morte. Succumbendo su questo punto, esso cede su tutti gli altri, e quando la corte di cassazione toglieva alla vendita della eredità l'eccezione *ex persona venditoris*, purgava egualmente da tale eccezione la vendita di una cosa singolare della eredità; essa dichiarò necessariamente abrogato il S.-C. che la statuiva.

Obbietteranno forse la prima parte della prima considerazione della decisione della corte di cassazione, che dice: « Attesochè in dritto se il possesso pubblico, notorio, e non impugnato della successione di un defunto, nella persona del suo erede apparente, *produce una eccezione di buona fede per proteggere gli atti fatti tra lui ed i terzi*, lo stesso favore non si può estendere, etc. ? »

È chiaro però che la corte di cassazione intende parlare qui soltanto degli atti di amministrazione, i quali si sostengono sulla buona fede dei terzi (1). L'eccezione di buona fede di cui essa parla, è quella che i terzi derivano dal concetto del possesso pacifico, pubblico, non impugnato della eredità; non è una eccezione di buona fede pel venditore; poichè un erede apparente può godere pubblicamente, notoriamente, e senza molestia, e malgrado ciò essere di mala fede, per esempio, se gli è nota l'esistenza dell'erede reale. La corte di cassazione avrebbe parlato un linguaggio pieno di falsità ributtante, se avesse voluto alludere alle vendite fatte dall'erede apparente ed al loro mantenimento, per la sola ragione del suo godimento pacifico, notorio, e senza molestia!

961. La vendita della eredità non implica trasmissione della qualità di

(1) Ciò viene riconosciuto da tutti gli autori.

erede. Imperocchè, questa qualità è personale e non può cedersi. Il venditore rimane sempre erede, e i terzi sono autorizzati a considerarlo per tale (1). Un trasferimento di questo genere si riferisce soltanto all'emolumento che procura la qualità di erede, ed agli oneri pecuniarj che reca seco. Essa trasloca i beni, i profitti, l'universalità delle cose lasciate dal defunto; ma lascia illesa la qualità, che è indelebile.

Stando a questa considerazione, esaminiamo l'estensione di una vendita di dritti successorj.

Essa comprende non solo ciò che esisteva al momento in cui si è aperta l'eredità (art. 1697), ma eziandio tutto ciò in cui consisteva all'epoca in cui si effettua la vendita.

Così bisogna comprendervi i frutti raccolti dopo il giorno della morte. Imperocchè è nota la massima: *fructus augent hæreditatem* (art. 1697).

Bisogna farvi entrare non solo ciò che aumentò l'eredità, ma ancora ciò che la deve aumentare un giorno, *non solum quod jam pervenit, sed et quandoque pervenerit* (2).

Finalmente, il venditore deve render conto al compratore del prezzo delle cose appartenenti alla successione, ch'egli ha alienate prima della vendita della eredità (art. 1697). Perchè, se non esistono clausole contrarie, la vendita della eredità comprende tuttociò che costituiva cotesta eredità nell'istante medesimo in cui fu aperta (3).

962. Ma che cosa dovremmo decidere se il venditore alienasse qualche cosa della eredità dopo la vendita dei dritti successorj?

Pothier esamina la quistione (4), e decide che il venditore è obbligato soltanto del prezzo. Egli sostiene questo parere con un rescritto di Alessandro, che forma la legge 9, Cod., *De hæred. vend.*

« Qui tibi hæreditatem vendidit, « *antequam res hæreditarias* TRADE« RET, dominus earum perseveravit, « et ideo vendendo eas, aliis dominium transferre potuit. Sed quoniam contractus fidem fregit, ex « empto actione conventus, quanti « tua interest præstare cogetur (5). »

Questa decisione non può seguirsi oggi fuorchè in quanto concerne le vendite di mobili che il cedente avesse fatte a dei terzi; perchè i principj sulle trasmissioni delle cose mobili sono quasi i medesimi presso noi come presso i Romani, ed è noto che la tradizione vi è richiesta riguardo ai terzi. (Art. 1141 del Cod. civ.)

E però, se il compratore non fu messo in possesso delle cose mobili della eredità, il venditore potrà, salvo ogni regresso per danni e interessi, vendere quelle cose ai terzi, che se hanno ricevuto la tradizione, verranno preferiti al primo acquirente. Ma se il cedente alienasse degl'immobili della successione, il cessionario avrebbe il dritto di rivendicarli dai terzi detentori; perchè sarebbe vendita della cosa altrui, vendita di una cosa appartenente intieramente al cessionario, anche prima della tradizione.

963. Il venditore deve consegnare tutto ciò che ha ricevuto *a titolo di e-*

(1) Ubbro, *De hæredit. vend.*, n. 1.
(2) Ulp., l. 2, § 4, D. *De hæred. vel act. vend.*
(3) Ulp., l. 2, § 1, D. *De hæred. vel act. vend.*
(4) *Vente*, n. 532.
(5) V. Pand., l. 1, p. 402, n. 7.

rede, e, per esempio, è obbligato dare al compratore il prezzo delle cose ereditarie che ha alienate, quando anche queste fossero perite.

Così dice il giureconsulto Paolo nella legge che qui sotto espongo (1).

Vi vendo una eredità, e qualche tempo dopo, prima di avervi fatta la tradizione, cedo a Cajo, pel prezzo di 1,200 fr., un cavallo appartenente alla medesima. Il cavallo perisce per forza maggiore. È certo che potrete reclamare da me la somma di 1,200 fr.; perchè a dirla positivamente io non vi sono debitore di un cavallo, ma vi debbo il prezzo del medesimo, dacchè l'obbligo mio consiste nel consegnarvi tutto ciò che ho ricevuto a titolo di erede.

Ed in ciò differisce la vendita di una eredità, dalla vendita di una cosa singolare. Imperocchè, supponiamo ch'io vi abbia venduto un cavallo, e che posteriormente lo rivenda a Cajo, che ne riceve la tradizione prima di voi. Questo cavallo perisce per forza maggiore tra le mani di quest' ultimo. Siccome io non sono obbligato verso voi fuorchè a pagarvi il cavallo, non potrete esigere che io vi paghi il prezzo che ho ricevuto da Cajo; imperocchè il cavallo è morto per conto vostro, egualmente che se io non lo avessi ceduto ad altrui. Essendo dunque obbligato soltanto a darvi un cavallo, vengo liberato da questa obbligazione dalla morte di quell' animale prima della mia costituzione in mora (2).

964. Del resto, il venditore non è tenuto a consegnare le cose della successione, fuorchè nello stato in cui esse si trovano: *Ut neque amplius neque minus juris emptor habeat quam apud hæredem futurum esset* (3).

965. Così, poco importa che il venditore abbia prima della vendita deteriorati gl' immobili o i mobili; perchè essendo allora padrone della successione, egli aveva dritto di servirsi e di abusare della cosa, nè si può ascrivergli a colpa l' uso di una facoltà legittima.

Poco importa ch'egli abbia lasciato prescrivere qualche credito nell' intervallo trascorso dall' apertura della successione fino alla vendita (4); nè è responsabile delle cose perite prima della vendita per forza maggiore.

Egli non è neppure responsabile di quelle perite per fatto suo. Imperocchè egli era proprietario, nè possiamo commettere colpa verso noi stessi (5).

966. Ma se la colpa eccedesse fino al dolo, o alla colpa grave, il venditore ne sarebbe tenuto. Ciò vien deciso da Ulpiano: « Sed etsi non dolo « malo, *sed lata culpa* admiserit ali- « quid, utique tenebitur (6). »

I giureconsulti Romani pongono quale esempio di fatti macchiati di dolo, le quitanze gratuite date ai debitori della successione (7), le omissioni intese a privare l'eredità di dritti di cui essa avrebbe potuto vantaggiarsi (8), etc.

967. Le donazioni fatte dal venditore prima della vendita danno luogo

(1) L. 21, D. *De hæred. vel act. vend.* (lib. 16, Quæst.). Pand., t. 1, p. 501, n. 7.

(2) Pothier, n. 533.

(3) L. 2, D. *De hæred. vend.*

(4) Bretonnier, sopra Henrys, t. 4, p. 14, quest. 4, prevede precisamente questo caso. Pothier, n. 535, e Pand., t. 1, p. 503, n. 18. Duranton, t. 16, n. 522.

(5) Pothier, *loc. cit.*, giusta le leg. 2, § 5 e 3, D. *De hæred. vend.*

(6) L. 2, § 5, D. *De hæred. vend.* V. pure la l. 3, detto titolo, e la l. 50, § 1, Dig. *De verbor. oblig.* Pand. di Pothier, t. 1, p. 502, n. 11.

(7) Legge precitata.

(8) *Idem.*

egualmente a ricorso dal lato del compratore. Imperocchè il venditore deve render conto di tuttociò che gli è pervenuto dalla successione (1). La vendita della eredità comprende dunque il valore degli oggetti donati.

968. Se il venditore della eredità transige co'debitori della successione, i quali, essendo di buona fede, non conoscono la vendita della medesima, il compratore avrà egualmente azione contro di lui per farsi indennizzare di tuttociò di cui la successione sarà stata diminuita per detto accomodamento. Quanto ai debitori, li salva da qualunque azione di regresso la loro ignoranza e buona fede, ed hanno il dritto di esigere contro il compratore l'adempimento delle promesse fatte dal venditore (2). Sarebbe diversa la cosa se i debitori avessero avuto notizia della vendita (3).

969. In ciò che concerne i debiti attivi che non sono stati pagati, l'erede venditore è soltanto tenuto verso il compratore a consegnarli i titoli, perchè ne procuri il pagamento assumendone il rischio, dopo avere notificato il suo trasferimento ai debitori.

È chiaro però che il venditore non è garante della impotenza dei debitori. Eccettochè però l'impotenza non sia nata dopo che l'erede fu costituito in mora di consegnare al compratore i titoli necessarj per farsi pagare, e che questa mora non abbia posto il compratore nella impossibilità di farsi pagare nel tempo che i debitori erano solventi (4).

970. Se il venditore è debitore verso il defunto, deve soddisfare la successione ch' egli aliena dell'ammontare del suo debito (5). Per la ragione ch'ei non deve ricavare verun profitto da una successione di cui ha rinunziato, a favore del compratore, tutti i vantaggi e gli oneri. Ora, facendo confusione del suo debito verrebbe a fare un guadagno privandone ingiustamente il compratore. Pothier (6) sostiene questa opinione contro Mornac (7).

971. Da ciò dobbiamo concludere che, se il venditore doveva al defunto una servitù che per la confusione si fosse interrotta, la vendita della eredità la ristabilirebbe a favore del compratore; o per lo meno, quando si volesse invocare il rigore dei principj per considerarla siccome estinta definitivamente, il venditore dovrebbe indennizzare il compratore di una perdita simile. Ma sarà meglio ordinare il ristabilimento della servitù (8).

972. Fu domandato se il compratore debba profittare di ciò che perviene all'erede per dritto di aumento.

Bartolo (9), Duareno (10), e molti altri, sostengono che il dritto di aumento appartiene al compratore, perchè la legge assomiglia l'aumento all' alluvione, la quale non può aver luogo eccettochè a favore di colui che possiede. Simile è pure l'opinione di Furgole (11) e di Voët, che su ciò ha fatto una lunga e dotta dissertazione (12).

Una opinione contraria, sostenuta da un partito più numeroso, vuole

(1) L. 2, § 3, *De hæred. vend.* Connano, lib. 7, n. 8, p. 115, col. 2. Pothier, n. 535.

(2) L. 2, § 20, D. *De hæred. vend.*

(3) L. ult., D. *De transact.* Voet, *De hæred. vend*, n. 2. Duranton, secondo me, non ha esposto esattamente un tal punto (t. 16, n. 522).

(4) Pothier, *Vente*, n. 537.

(5) Africano, l. 20, § 1, D. *De hæred. vend.*

(6) N. 538, e Pand., t. 1, p. 502, n. 9.

(7) Sulla l. 20, D. *De hæred. petit.*

(8) Pothier, *loc. cit. Infra*, n. 977.

(9) Sulla leg. 89, D. *De leg.* 3°.

(10) *De jure accrescend.*, lib. 2, c. 6.

(11) T. 3, p. 352, n. 94. *Junge*, Peresio, n. 15, *De hæred. vend.*

(12) Ad Pand., *De hæred. vend.*, n. 3.

non s'intenda avere il venditore rinunziato alla sua porzione, dacchè si reputa possederla mediante il prezzo ch'egli ha in mano, e non si possa presumere ch'egli intese vendere un dritto che non conosceva. Primi a sostegno di questa opinione troviamo Cujacio e Ubèro (1).

Ricard (2), Vinnio (3), Fachinèo (4), Brunemanno (5), etc., attenendosi a cotesta opinione, hanno fatta una distinzione che serve a corroborarla. Dopo aver dimostrato che il dritto di aumento può aver luogo soltanto tra coeredi, domandano però se l'acquirente di dritti successorj possa costringere *ex empto* il venditore a dargli i beni che *jure accrescendi* egli lucra, e concludono che bisogna esaminare la volontà delle parti.

Questo infatti è il partito più saggio e razionale.

Se apparisce essere stata intenzione dei contraenti che l'acquirente si godesse il vantaggio dell'aumento, per esempio, se l'erede vendè la sua parte ereditaria con tutti i dritti ch'egli aveva *e poteva avere in avvenire nella successione*, è certo che il benefizio dell'aumento spetta al compratore. Ma se ciò non resulta, non dobbiamo supporlo. Come mai credere che le parti abbiano inteso stipulare sopra una cosa che non conoscevano, e che abbiano voluto oltrepassare i limiti di una cessione che in sè stessa era limitata alla parte del venditore? È meglio attenersi all'idea che il venditore ha soltanto inteso spogliarsi de'suoi dritti successorj tali e quali erano all'epoca della vendita, vale a dire di una frazione determinata della successione. Se il prezzo trovasi presso a poco proporzionato agli oggetti venduti, non sarebbe iniquo privare l'erede della porzione che cresce per darla all'acquirente che non l'ha pagata?

Oppongono che la vendita de'dritti successorj comprende il presente, il passato, ciò che esiste, e ciò che esisterà. « *Non tantum quod ad venditorem pervenit, sed quod et quandoque pervenerit, emptori restituendum esse* (6). »

Ma rispondiamo che questa massima vuolsi intendere soltanto dell'emolumento che produce la parte stessa che fu venduta, ma che è inapplicabile alla parte di un coerede di cui la rinunzia non si suppone mal, e di cui l'acquisto non ha potuto prevedersi dal venditore (articolo 784 del Codice civile).

Del resto possiamo consultare e bilanciare le opinioni favorevoli e contrarie nell'opera di Pothier, che se ne è fatto espositore senza prendervi parte (7). Olea è stato più assoluto; egli sta per la distinzione che abbiamo dianzi riprodotta secondo Vinnio, e dichiara ch'essa forma l'opinione comune (8).

973. Una quistione alquanto simile alla precedente consiste in sapere se l'indennizzazione attribuita alla

(1) Cujacio, Osserv., lib. 12, c. 13. Ubèro, *De hæred. vend.*, n. 5.

(2) Donat., p. 3, n. 513.

(3) *Quæst. Selectæ*, lib. 1, c. 55.

(4) Contrauthor., l. 5. n. ult.

(5) Sulla l. 2, § 4, D. *De hæred. vend.*

(6) Ulp., l. 2, § 4, D. *De hæred. vend.*

(7) *Vente*, n. 546.

(8) *De cessione jurium*, t. 4, q. 7, n. 16. *Jonge*, Duranton (t. 16, n. 524) e Delvincourt (t. 3, p. 175). Dalloz n'ntin il sentimento contrario; ma, per distrazione, lo sostiene colla opinione di Pothier, che, egli dice, *lo dimostra perfettamente!!!* (v° *Vente*, n. 11)

successione di un emigrato in virtù della legge 27 Agosto 1825, sia compresa in una cessione di dritti successorj anteriori alla sua promulgazione.

Tal quistione fu agitata molto; ma oggi incomincia a venir meno, perchè le liquidazioni sono terminate e i dritti pressochè stabiliti.

Nel rigore del dritto, una cessione di dritti successorj comprendendo il presente e l'avvenire, deve investire tutto l'emolumento, anche futuro, compreso nella parte ereditaria venduta, *sed et quandoque pervenerit*.

Ora, l'indennizzazione è una dipendenza della successione; è un elemento della quota ereditaria venduta. Non è come nel caso di aumento, in cui quegli che ha comprato soltanto la metà della successione, pretende, per modo di esempio, la totalità della medesima. Il cessionario si attiene al suo titolo; non domanda di estenderlo, nè aspira alla totalità, mentre ha dritto solo a una porzione. Egli vuole soltanto che quella porzione produca tuttociò che deve produrre.

In generale però la giurisprudenza non ha favorito gli acquirenti di dritti successorj, e qualunque sia stata la latitudine ne' termini delle cessioni, i tribunali hanno preferito lasciare al venditore l'emolumento non isperato che la legge del 1825 ha fattu cadere, per caso fortunato, nella successione degli emigrati.

Così la corte di Digione ha deciso, con sentenza 29 Gennajo 1829, che una cessione, comprendente *tutti i dritti, nomi, ragioni, azioni e pretensioni in generale qualunque si fossero dependenti da una successione, e tutti i dritti immobiliari che si potevano* SCUOPRIRE IN SEGUITO *in detta successione*, non si poteva estendere alla indennizzazione devoluta in conseguenza di leggi intervenute posteriormente alla cessione.

E l'appello contro cotesta decisione fu rigettato con sentenza della corte di cassazione dell' 8 Febbrajo 1830 (1). La corte di cassazione trovavasi evidentemente vincolata da una interpetrazione di atto ch'era sovrana.

Checchè ne sia, questa decisione della corte di Digione, e tutte quelle profferite nello stesso senso, mi sembrano spingere oltre il giusto un sentimento di equità in sè stesso lodevole. Per quanto straordinario, il beneſizio della indennità entra cionnondimeno, di dritto, in una cessione generale assoluta illimitata di dritti successorj. Si vorrebbero dei termini restrittivi per escludernelo; perchè, giusta i principj, la cessione di dritti successorj trasferisce tuttociò che non fu riservato, presso a poco come se la quota ereditaria venduta fosse passata nel nome del cessionario. *Vicem hæredis obtinere*, l. 2, § 18, Dig. *De hæred. vend.* (Ulpiano).

974. Ma la vendita di dritti successorj non comprende ciò ch'è naturalmente personale al venditore, come sono le carte e i ritratti di famiglia, e i titoli di nobiltà (2).

Essa non comprende neppure la facoltà di accettare la successione con benefizio d'inventario; havvi una ragione di ciò semplice e manifesta, ed è che la vendita dei dritti successorj costituisce un atto di erede puro e semplice (art. 780 del Codice civile),

(1) Dal., 30, 1, 112. V. un giudicato meno decisivo del 21 Maggio 1828 (Dal., 28, 1, 252). Nel caso ivi contemplato, erano stati ceduti soltanto i dritti noti.

(2) Nuovo Denizart, v° *Cession de droits litigeux.*

e promuove un motivo d'inammissibilità insuperabile contro la possibilità di accettare in seguito con benefizio d'inventario.

Cionnondimeno, siccome in materia di accettazione di eredità, l'intenzione è quella che vuolsi prima di tutto consultare, penso che, se il venditore cedesse i suoi dritti successorj con facoltà di accettare con benefizio d'inventario, il cessionario avrebbe ragione di valersi di quel benefizio. Ma per ciò egli dovrebbe regolarsi come è l'obbligo di un erede che non voglia perdere i suoi dritti (1).

Riguardo a ciò, si domanda se l'erede che ha già accettato con benefizio d'inventario, e che vende i suoi dritti successorj, divenga, per questo fatto solo, erede puro e semplice. — Gli autori rispondono di no (2); perchè potendo l'erede fare esercitare i suoi dritti da un mandatario, può egualmente farli esercitare da un cessionario, che è soltanto *procurator in rem suam*. L'art. 780 è applicabile al solo caso in cui l'erede non ha ancora manifestata la sua intenzione; ma non intende togliergli una qualità già impressa e fissata sulla sua testa.

Osserviamo oltreciò, che per conservare il suo dritto, il venditore non avrebbe bisogno di dichiarare che i dritti successorj ch'egli vende sono quelli di un erede beneficiario. Il suo silenzio non si dovrebbe considerare come renunzia di un dritto acquisito. S'intende ch'egli abbia trasferiti i suoi dritti quali li possedeva all'epoca della cessione. E fu erroneamente deciso il contrario nel giudicato della corte di Amiens del 2 Maggio 1806 (3).

Ma se il venditore non avesse ancora impresso sulla sua testa in un modo completo la qualità d'erede beneficiario, e se vendesse, SENZA ALCUNA RISERVA, i suoi dritti successorj, egli farebbe atto di erede puro e semplice, e trasferirebbe al suo cessionario dei dritti di quella natura. La corte di Parigi ha deciso in tal modo, e con ragione, con sentenza del 9 Gennajo 1806 (4). Nel caso di quella decisione il venditore aveva dichiarato l'animo suo di accettare con benefizio d'inventario e non altrimenti; ma prima di vendere egli non aveva ancora effettuato l'inventario, ch'è la condizione di un'accettazione simile (art. 794 del Cod. civile); oltredichè, facendo il trasferimento, egli non aveva dichiarata la riserva de'suoi dritti, particolarmente di quello di accettare con benefizio d'inventario. La corte di Parigi opinò giustamente che quell'atto era una immissione pura e semplice, e che il cedente e il cessionario erano tenuti congiuntamente ed in solido dei debiti del defunto (5).

975. Il venditore di dritti successorj può riservarsi propria qualche cosa della successione. Ma dev'egli i frutti prodotti da cotesta cosa prima della vendita? Labeone sta per l'affermativa (6); la ragione si è che quei frutti formano un capitale distinto che rese maggiore l'eredità.

976. Dopo le obbligazioni del venditore conviene parlare di quelle del compratore (art. 1698).

(1) *Junge*, Duranton, t. 16, n. 528, e t. 7, n. 54.

(2) Merlin, Quest. de droit, v° *Héritier*, § 2. Duranton, t. 7, n. 54, Malpel, n. 239.

(3) Dalloz, *Succession*, p. 391. Questa decisione è biasimata da tutti gli autori.

(4) Dalloz, *loc. cit.*

(5) Duranton, t. 7, n. 54.

(6) L. 25, Dig. *De hæred. vend.* Pothier (Pand., t. 1, p. 504, n. 20; *Vente*, n. 540).

Egli, in primo luogo, deve pagare il prezzo convenuto.

In seguito bisogna che indennizzi il venditore di tutto ciò che questi ha sborsato per motivo della successione, come spese di funerali (1), riparazioni, anticipazioni fatte ai creditori e ai legatarj, imposizioni, etc. (2).

Questa regola generale viene espressa nella legge 2, § 11, Dig. *De hæred. vend.* « Sive ipse *venditor* de- « derit aliquid pro hæreditate, sive « alius quis pro eo, dum negotium « ejus gerit, locus erit ex vendito a- « ctioni, dummodo aliquid absit ven- « ditori hæreditatis. Cæterum, si nihil « absit venditori (3), consequens erit « dicere non competere ei actionem. »

L'artic. 1698 non è che l'eco di quel testo.

977. Havvi di più: cioè, se la confusione avesse estinto qualche dritto personale all'erede che ha venduta la successione, questa confusione cesserebbe in forza della vendita, e il compratore sarebbe obbligato a rendere al cedente quel dritto stesso intiero e ravvivato.

Così c'insegna Ulpiano: « Quum « quis debitori suo hæres extitit, con- « fusione creditor esse desinit; sed, si « vendidit hæreditatem, æquissimum « videtur emptorem hæreditatis vicem « hæredis obtinere, et idcirco teneri « venditori hæreditatis (4). »

Per esempio, voi avete venduto l'eredità di Paolo di cui siete erede. Martino, legatario di Paolo, muore prima di farsi pagare il suo legato, e v' instituisce suo erede. Secondo la decisione di Labeone, potete agire *ex vendito*, perchè il legato dovuto a Martino vi venga pagato dal compratore della eredità di Paolo. Veramente, divenendo voi erede di Paolo, si è effettuata nella vostra persona una confusione della qualità di creditore e di debitore. Ma il fatto è, che avete venduta l'eredità di Paolo, dedotto il legato dovuto a Martino. Non è giusto che il compratore approfitti del valore di quel legato a vostre spese (5).

Altro esempio. — Io aveva un dritto di servitù sul fondo Corneliano. Pietro, che n'è proprietario, mi costituisce suo erede. Io vi vendo in seguito i miei dritti successorj. La servitù dovrà rivivere a mio favore, secondo Pomponio (6).

978. Il compratore della eredità è obbligato adempiere la condizione di cui la detta eredità è gravata. Lo stesso avviene quanto agli altri oneri e debiti: egli non può pretendere per ciò veruna indennità (7).

Ecco un caso osservabile che trovo in Ubèro (8).

Un fratello vende al proprio fratello, suo coerede, la sua quota ereditaria per 22,000 fiorini. In seguito, il compratore scuopre, mediante un testamento dei loro autori comuni, che il suo fratello ha ricevuto da' suoi genitori somme considerevoli ch'ei doveva restituire alla successione. Una lite ne nacque. Il fratello acquirente

(1) Ulpiano, l. 2, § 17, D. *De hæred. vend.*

(2) *Idem*, l. 2, § 16.

(3) Per esempio, se gli rimborsano ciò che ha anticipato.

(4) L. 2, § 18, D. *De hæred. vend.* Pand. di Pothier, t. 1, p. 513, n. 15.

(5) L. 24, D., d. t.

(6) L. 9, D. *Com. prædior.* Pothier, Pand., t. 1, p. 502, n. 16, e *Vente*, n. 542 e 544.

(7) Fabro, Codice, lib. 4, t. 19, def. 19.

(8) *De hæred vend.*, n. 4.

diceva: Io ignorava che la successione avesse dritto di esigere il ritorno di somme così importanti; mio fratello mi ha ingannato tacendomi questa circostanza; egli deve indennizzarmi. Riguardo a ciò egli è mio debitore. Il venditore rispondeva: Ho venduto a mio fratello la mia quota ereditaria co' debiti di cui era gravata. L'ho venduta com' era; e devo soltanto guarentire la mia qualità di erede, ch'è incontrastabile. Tocca dunque al mio compratore pagare i debiti, nè io su ciò debbo essere molestato. Con decisione della corte suprema di Frise, il venditore vinse la lite, e Ubèro approva questa decisione.

979. In quanto concerne le azioni che competono contro la successione, bisogna partirsi da un principio costante, vale a dire che la vendita di dritti successorj non impedisce al venditore di essere erede, che però non viene liberato riguardo ai creditori della successione, che possono sempre molestarlo personalmente, come se la vendita non avesse avuto luogo (1). Ma egli può chiamare in causa il compratore onde assuma la sua difesa, e compia le giuste richieste dei creditori (2), o costringerlo a rimborsargli ciò che ha pagato a quei creditori medesimi (3).

980. I creditori possono procedere direttamente contro il compratore?

Nel dritto Romano la negativa era incontrastabile. Non era concessa loro neppure l'azione utile. « Quæret aliquis, dice Cujacio, an UTILES actiones in emptorem hæreditatis creditores habeant? minime. Nam nulla « lege aut S.-C. id expressum est (4). »

Io non credo che debba essere così nella giurisprudenza moderna. Voët, d'accordo con Christinæus e Groenewegen, decide che nelle consuetudini moderne, i creditori possano agire direttamente contro il compratore, specialmente se il venditore non è solvente. « Quod tamen postremum nostris « moribus mutatum esse, et creditoribus in emptorem actionem oportere dari, maxime si venditor solvendo non sit (5). » L'art. 1166 del Codice civile pone questa verità fuori di ogni contestazione (6).

981. Dal canto suo il compratore può agire direttamente contro i debitori della successione; la cessione contiene un mandato virtuale per procedere contro di loro (7).

982. La vendita di una eredità non è in principio soggetta alla rescissione per lesione, a motivo della incertezza di cotesta sorta di trattati, e della quasi impossibilità di trovare quel giusto prezzo il cui difetto determina la lesione.

Del resto questo punto fu trattato sopra con le sue limitazioni (n. 790).

983. Quando un coerede ha venduto la sua quota ereditaria indivisa, i suoi coeredi possono domandare all'acquirente il retratto successorio, ed allontanarlo dalla divisione, rimborsandogli il prezzo della cessione.

(1) Cujacio, sul titolo del C. *De hæred. vend.* L. 2, C. *De hæred. vend.*

(2) L. 24, D. *De donat.* Papiniano, l. 2, succitata. Cujacio, *loc. cit.* Ubèro, lib. 18, t. 4, n. 6.

(3) Cujacio, *loc. cit.* L. 2, D. *De legat.*

(4) Cujacio, *loc. cit.*

(5) *De hæred. vend.*, n. 6.

(6) Duranton crede però che per principio le leggi Romane sussistano sempre, t. 16, n. 525.

(7) L. 5, Cod. *De hæred. vend.* Ubèro, *loc. cit.* Voet, *idem.*

Tale è la disposizione dell'art. 841 del Codice civile. La sua esposizione richiederebbe lunghe spiegazioni. Ma oltrepasserei i confini del mio soggetto se imprendessi il comento particolare di un articolo che appartiene al titolo *delle Successioni.*

ARTICOLO 1699.

Quegli contro cui fu da altri ceduto un diritto litigioso, può farsi liberare dal cessionario, rimborsandogli il prezzo reale della cessione colle spese, e legittimi pagamenti, e cogl'interessi da computarsi dal giorno in cui il cessionario ha pagato il prezzo della fattagli cessione.

ARTICOLO 1700.

La cosa si ritiene per litigiosa quando vi sia lite o contestazione sul merito di essa.

SOMMARIO.

984. Della cessione dei dritti litigiosi.
985. Nel dritto Romano, non era permessa la vendita di un dritto litigioso. In Francia è in uso il retratto autorizzato dalle leggi *Per diversas* e *Ab Anastasio.* Concetto ed estensione di coteste leggi.
986. Che cosa s'intenda per *dritti litigiosi?* Confutazione della definizione di Pothier.
987. Bisogna che il litigio sussista tuttavia quando il retratto viene esercitato.
988. *Quid*, se il cessionario si è tenuto in disparte, e non comparisce che dopo terminata la lite?
989. Cosa è un litigio intervenuto sul *merito del dritto?*
990. 1º esempio.
991. 2º esempio.
992. 3º esempio.
993. 4º esempio. Confutazione di una decisione della corte di Rouen.
994. 5º esempio.
995. 6º esempio.
996. Differenza tra la vendita di un credito e quella di un dritto litigioso. La vendita di dritti litigiosi non dà motivo a garanzia.
997. Della capacità delle parti contraenti.
998. La cessione di dritti litigiosi dev'esser notificata.
999. Se le offerte necessarie per riuscire al retratto sono ammissibili in qualunque stato di causa.
1000. Il debitore deve rendere indenne il cessionario.
1001. La facoltà del retratto si esercita tanto se trattasi di un credito, quanto se trattasi di un immobile litigioso. Errore di un giudicato della corte di cassazione.
1002. Il retratto ha luogo, anche quando vi fu cessione di dritti litigiosi, mediante permuta.
1003. Transizione.

COMENTO.

984. Resta solo adesso ad occuparci della cessione dei dritti litigiosi che completa la materia del trasferimento. Essa è regolata dagli art. 1700 e 1701, che ritraggono l'origine loro dalle leggi 22, 23 e 24 del C. *Mandati vel contra.*

985. Per dritto Romano era vietato vendere un dritto litigioso. Malgrado la vendita, la lite doveva proseguire tra le stesse parti. *Tanquam si nihil factum sit, lite peragenda* (1). Questo dritto non fu mai seguito in Francia (2). Ma, per porre un freno all' avidità degli speculatori di liti,

(1) L. 2, C. *De litigiosis* (Costantino). Tutta la legislazione delle Pandette e degl' imperatori, è stata esposta da Pothier (Pand., t. 3, p. 271).

(2) Despeisses, t. 1, p. 14, n. 6, secondo Imbert e molti altri.

sono state applicate a quel genere di commercio le famose leggi *Per diversas* e *Ab Anastasio* (1), che permettevano al debitore di un credito venduto a un terzo di riscattarlo restituendo il prezzo reale sborsato. È utile di avere sott'occhio le disposizioni principali della legge 22 (*Per diversas*), poichè è la sorgente delle disposizioni che analizziamo (2).

« Per diversas interpellationes ad « nos factas, comperimus quosdam « *alienis rebus fortunisque inhiantes*, « cessiones aliis competentium actio- « num in semet exponi properare (3); « hoc quoque modo, *diversis perso-* « *nas litigatorum vexationibus affice-* « *re:* quum certum sit, pro indubi- « tatis obligationibus eos magis, qui- « bus antea suppetebant, jura sua « vindicare, quam ad alios ea trans- « ferre velle.

« Per hanc itaque legem, jubemus « in posterum hujusmodi conamen « inhiberi: nec enim dubium est, *re-* « *demptores litium alienarum* videri « eos esse, qui tales cessiones in se « confici cupiunt: ita tamen, ut si « quis datis pecuniis hujusmodi su- « bierit cessionem, usque ad ipsam « tantummodo solutarum pecunia- « rum quantitatem et usurarum ejus, « actionem exercere permittatur, li- « cet instrumento cessionis, vendi- « tionis nomen insertum sit. »

Colle leggi 23 e 24, Giustiniano altro non fa fuorchè confermare quella legge di Anastasio, e la chiama *Justissima constitutio*.

L'estensione di queste leggi era, siccome ho già detto, grandissima. Esse non aspettavano che un'azione fosse presentata in giudizio per dichiararne il commercio iniquo e proibito. Anastasio assomiglia ai compratori di liti quelli che acquistano dei crediti, quando anche non siano ancora impugnati. Cotesti acquisti gli sembrano mezzi di danneggiare i debitori e di arricchirsi a spese loro. Conseguentemente vuole che il debitore possa esonerarsi rimborsando al compratore, non già il prezzo fittizio dichiarato nel contratto, ma la somma di danaro realmente sborsata.

È noto che coteste costituzioni non furono ammesse in Francia con simile estensione (4). Siccome abbiamo veduto sopra, non sono applicabili alle cessioni di dritti non contrastati, alle volture di crediti non litigiosi; imperocchè ripugnarono sempre i nostri costumi da tutto quanto può intralciare il commercio delle cose.

Ma le loro eque disposizioni sono state mantenute contro i compratori di liti e di dritti litigiosi. « Adversus « ergolabus, sive litium redemptores, « vel qui imprube coeunt in alienam « litem (5). » L. 6, D. *De vi privata*. Così non seguiamo il dritto Romano in ciò che concerne la materia *de litigiosis*. Ma ciò che aveva stabilito per gli acquisti di crediti, lo applichiamo agli acquisti di dritti litigiosi.

986 Ora vedremo cosa dobbiamo intendere per dritti litigiosi.

Pothier porge la seguente definizione (n. 584): « Si chiamano *crediti* « *litigiosi* quelli che sono impugnati « O POSSONO ESSERLO nella totalità o « in parte, da colui che ne viene sup-

(1) Sono le l. 22 e 23 che ho testè citate.

(2) Essa è dell' imperatore Anastasio.

(3) Cujacio vorrebbe *præparare* (Observ., 16, 24).

(4) Imbert, *Enchiridion*, v° *Peines pécuniaires*. Cujacio, 10, osserv. 3. Henrys. t. 2, p. 177.

(5) Louet e Brodeau, lettera C, n. 5, e Mornac, sulle leggi *Per diversas* e *Ab Anastasio*.

« posto debitore, tanto se la lite fu « già iniziata, quanto se non lo fu, « ma havvi luogo di temerlo. »

È pero difficile ammettere questa definizione al cospetto dell'art. 1700 del Codice civile, che dice: *La cosa si ritiene per litigiosa quando vi sia lite o contestazione sul merito di essa* (1). Era d'altronde molto impugnabile, anche sotto l'antica giurisprudenza; e de Lamoignon ammetteva il retratto soltanto quando era impegnata la lite, come ce ne convincono le parole seguenti: « Il cessionario dei fondi ed altri dritti immobiliari e mobiliari, di qualunque siansi qualità, « ESSENDO IN LITIGIO, può venire costretto da colui sul quale il trasferimento è stato preso a surrogarlo « ne' suoi dritti (2). »

Ciò pure ci venne insegnato da Lacombe (3) dietro illustri autorità. « Per « cose litigiose in materia odiosa, come quella dei trasferimenti, vuolsi « intendere che *la sola domanda giudiciale* rende la cosa litigiosa. Guer., « cent. 1, cap. 93, artic. 27; Agosto « 1662, giudicato a favore di un terzo detentore, che basta siavi processo intentato. Suefve, t. 2, cent. « 2, cap. 70 (4). »

Non basta dunque che vi sia timore o possibilità di una contestazione sul dritto venduto; bisogna che la causa sia iniziata. L'art. 1700 ritorna a questa disposizione del dritto Romano. « Litigiosa res est *de cujus domi-* « *nio causa movetur inter* possessorem et petitorem, *judiciaria con-* « *ventione* (5). »

Così ha giudicato la corte di cassazione con decisione del 5 Luglio 1819, che annulla una sentenza della corte di Orléans.

« Attesochè la disposiziune dell' « art. 1700 tende evidentemente a far « cessare la diversità che offriva l'antica giurisprudenza sulle circostanze costituenti propriamente un dritto litigioso; che però, conviene considerare la disposiziune dell'artic. « 1700 come caratteristica del litigio « e quindi limitativa (6). »

Nel caso di questa decisione, l'acquirente di un fondo gravato di crediti ipotecarj aveva accettato, prima della graduatoria, un trasferimento dal lato dei creditori inscritti.

Il venditore pretese che i crediti ceduti fossero litigiosi, e ch'egli doveva intendersi esonerato rimborsando il prezzo della cessione. Così la corte di Orléans pensò che i crediti di cui trattavasi erano l'oggetto di un litigio antico che non era ancora terminato; ma senza decidere se il litigio toccava o no il merito della cosa, ammesse l'esercizio del dritto di retratto. La corte di cassaziune decise con ragione che prima di tutto avrebbero dovuto risolvere cutesta quistiune decisiva, e che era violato l'artic. 1700 del Codice civile.

Questo giudicato non è il solo: ne esistono molti altri che hanno deciso doversi prender l'art. 1700 come limitativo; e credo che su quel punto si possa considerare la giurisprudenza come certa.

Così, con decisione 24 Gennajo 1827 (7), in un caso in cui il venditore aveva ceduto i suoi dritti di pro-

(1) Malleville, su quell'articolo. Duranton, t. 16, n. 532.

(2) Arretés, t. 1, p. 142, n. 24.

(3) V° *Transport.*

(4) Mornac diceva inoltre: « *Si lis sit sub judice* » (sulle leggi *Per diversas* e *Ab Anastasio*, c. Mand.).

(5) Authentiq. ad leg. 1, C. *De litigiosis.*

(6) Dal., *Vente*, p. 926.

(7) Dal., 27, 1, 123.

prietà sopra dei fondi dependenti da una successione, con dichiarazione che quei fondi erano usurpati da'terzi che li ritengono, la corte di cassazione, confermando una decisione della corte di Parigi (1), giudicò che il dritto ceduto non era litigioso, « attesochè un dritto non è litigioso « *per la sola ragione ch'esso può divenirlo*, ma che ai termini del Co« dice civile, non esiste litigio fuor« chè quando è contestato il merito « di un dritto qualunque. »

Così la corte di Bourges anch'essa decideva con giudicato 19 Luglio 1830, che non esisteva cessione di dritti litigiosi nel caso in cui una persona incapace di succedere s'era obbligata ad agire per costringere dei coeredi ai danni e interessi, a motivo dei deterioramenti arrecati in un immobile della successione, a condizione di dividere il beneficio della causa da intentare, ma non ancora iniziata (2); era questo certamente il caso di una instigazione di lite. Ma la corte di Bourges non credè di dovere uscire dai termini dell'artic. 1700, o dobbiamo lodare la sua moderazione. Solamente, possiamo dolerci che la legge abbia voluto rendersi impotente conoscendo le pratiche che tendono ad attizzare il fuoco delle discordie giudiciarie, e turbare il riposo delle famiglie coll'esca di un guadagno.

Dobbiamo dunque ritenere per certo che l'antica dottrina di Pothier non è più ammissibile, e che, perchè vi sia luogo al retratto in virtù dell'art. 1699 del Codice civile, si vogliono due circostanze: 1° l'esistenza di un litigio iniziato e non solamente temibile; 2° un litigio sul merito del dritto.

987. E osservisi che non basta che il litigio esista all'epoca della cessione; bisogna che non sia ancora terminato quando si domanda la surrogazione; altrimenti si permetterebbe il retratto di un dritto divenuto certo; il che sarebbe contrario ai principj.

Così giudicava la corte di cassazione, con sentenza del 1° Giugno 1831 (3).

In conseguenza di un compromesso e di un atto di divisione, varj immobili caddero nella quota di Maria Romaine di Fortisson. Ma essi furono compresi in un sequestro di espropriazione decretato ad istanza di un creditore di Giuseppe di Fortisson, coerede di Maria Romaine; questa pretese che si dovessero distrarre in suo favore gl'immobili che gli appartenevano. Le cose erano in questo stato quando l'aggiudicazione venne effettuata a favore di Honder e Dupuy. Questi aggiudicatarj citarono Maria Romaine di Fortisson, perchè intervenisse nel giudizio che doveva dichiarare gl'immobili aggiudicati loro, proprietà di Giuseppe loro debitore.

Maria Romaine di Fortisson dichiarò all'uffizio della concordia (*Bureau de conciliation*), che i beni non lo appartenevano più, e che gli aveva ceduti a Bordenave. Gli aggiudicatarj citarono allora la Fortisson e Bordenave, perchè si dichiarassero senza dritto sugl'immobili di cui trattavasi. Ma poco dopo, per dare una solennità maggiore alla cessione di cui ho parlato, la Fortisson ne distese un atto autentico, il 4 Agosto 1826, a favore di Bordenave. Quest'atto era il solo che si potesse opporre ai terzi.

Così è fuori di dubbio che i dritti

(1) Vedila in Dal., 26, 2, 225.
(2) Dal., 30, 2, 65.
(3) Dal., 31, 1, 197.

della Fortisson erano litigiosi all'epoca della cessione fatta a Bordenave.

S'impegna una lunga procedura: un giudizio di prima istanza decide, che i beni contestati sono proprietà di Giuseppe di Fortisson. Nell'appello viene emanata una sentenza interlocutoria per discutere la identità dei beni. Allora soltanto gli aggiudicatarj, dopo avere concluso per la conferma della sentenza di cui si sono appellati i contraddittori, domandano per la prima volta, ma *sussidiariamente*, il retratto autorizzato dall'art. 1699.

Queste conclusioni erano singolari: domandare il retratto sussidiariamente, voleva dire domandarlo pel caso in cui venisse giudicato che la Fortisson si riconoscerebbe proprietaria, ed in cui conseguentemente non esisterebbe più nè contestazione nè dubbio intorno alla proprietà. Ora, quando un dritto di proprietà è certo, è ridicola la domanda di farne acquisto per un prezzo non equivalente al suo valore reale. Per procedere regolarmente, era necessario che, mentre durava tuttavia il litigio, ed innanzi a qualunque giudizio valevole a far cessare la incertezza, gli aggiudicatarj avessero offerto il retratto, onde terminare il dibattimento. Imperocchè lo scopo del retratto è di estinguere una lite incominciata, ma non di nuocere a'dritti conservati da un giudizio definitivo e assoluto. Esso non può esercitarsi quando il dritto cessa di essere litigioso, quando il litigio è finito, quando la proprietà è purgata dalle incertezze che la rendevano vacillante.

La corte di Pau non opinò così; e dopo avere ordinata la distrazione a favore della Fortisson degl'immobili contestati, aggiudicò il retratto agli acquirenti contro Bordenave.

Simile decisione era troppo contraria a tutte le nozioni sul retratto dei dritti litigiosi per salvarsi dalla cassazione. E però fu annullata dal decreto della corte regolatrice che ho citato al principio di questo numero.

988. *Quid*, se il cessionario avesse tenuto segreto il suo atto di cessione onde privare il collitigante del beneficio dell'art. 1699, e se, dopo avere intentata la lite nel nome del suo cedente, facesse notificare il suo atto di trasferimento dopo giudicata la lite a favore del detto cedente?

Con sentenza del 16 Marzo 1812, la corte di Rouen decise (1) in un caso simile che la cura del cessionario per rimanere celato è una frode intesa ad eluder la legge, che non deve nuocere a quello contro cui la lite fu intentata; altrimenti le disposizioni del Codice sarebbero illusorie, e i compratori di liti si sottrarrebbero alle domande di surrogazione rimanendosi all'oscuro. La facoltà accordata dall'artic. 1699 suppone necessariamente un cessionario noto cui il debitore possa fare delle offerte di rimborso. Il cessionario non ha scusa quando, proseguendo egli stesso la causa, si riparò dietro un nome imprestato. La sua intenzione evidente d'ingannare la vigilanza delle leggi non deve essergli vantaggiosa (2).

989. Ma cosa vuolsi intendere per litigio impegnato sul *merito* del dritto?

È un litigio che fa sorgere dei dubbj sul dritto considerato nel suo principio medesimo e nella sua esistenza. Bisogna che il dritto vacilli o sia minacciato nella sua origine. Altrimenti non havvi luogo al retratto (3).

(1) Dal., *Vente*, p. 925, nota 2, n. 2.

(2) Pothier, *Vente*, n. 597.

(3) V. una decisione di esclusione della corte di cassazione, in data del 30 Agosto 1831 (Dal., 31, 1, 338).

Facciamone l'applicazione.

990. 1° Se il dritto non è ancora oggetto d'una istanza innanzi al tribunale, ma se solamente havvi citazione di concordia innanzi al giudice di pace, non si può dire che il merito del dritto sia minacciato: una citazione di concordia intesa a prevenire una lite, non è per verità una lite. E se la corte di Torino ha giudicato in senso opposto, lo ha fatto soltanto perchè si è basata sopra una dottrina analoga a quella di Pothier (1), la quale, come ognuno sa, non è oggi più ammissibile (2).

991. 2° Io ho dei dritti certi in una successione indivisa. Domando la divisione. Il mio comproprietario si oppone. Questo rifiuto di divisione non altera il merito del mio dritto che resta incontrastabile; il dibattimento si aggira soltanto sulla quistione secondaria relativa alla indivisione. Se dunque vendo il mio dritto dopo la mia domanda in divisione, non vendo un dritto litigioso nel senso dell' artic. 1700 (3).

992. 3° Sono creditore di una somma di 3,000 fr., e ne domando giudicialmente il pagamento a un erede beneficiario, che senza contrastare il mio titolo, si limita a dirmi: « Ho reso il mio conto come erede « beneficiario; l'attivo mobiliare del- « la successione fu assorbito. » Se vendo il mio credito durante questo dibattimento, non si può applicare al mio cessionario l'art. 1700 del Codice civile, perchè il merito del dritto non è contrastato. La qualità di creditore rimane intiera. Il litigio si aggira soltanto sulla possibilità attuale della esazione (4).

993. 4° Io sono possessore di un titolo di credito non contrastato. Me ne servo co' mezzi di coazione autorizzati dalla legge. I dibattimenti che sorgeranno sopra i mezzi di esecuzione, non altereranno il merito del dritto. L'art. 1700 non sarà applicabile.

Ma il contrario fu deciso con sentenza della corte di Rouen 1° Dicembre 1826 (5); giova descriverne i fatti.

La Vigneron, creditrice dei conjugi Lecerf della somma di 1,800 fr., si fa assegnare nel 1821, fino a debita concorrenza, la somma di 4,000 fr. dovuta ai detti Lecerf da Benott, per prezzo di diversi immobili.

Nel 1825 i conjugi Lecerf accordarono a Payen una seconda cessione sopra i 4,000 fr. di cui si tratta, a patto però di prenderla sul di più dei 1,800 fr. dovuti alla Vigneron.

Benott non paga.

La Vigneron procede contro di lui in espropriazione forzata. Lecerf e Payen domandano dal canto loro la resoluzione del contratto di vendita pel quale egli è debitore di 4,000 fr.

Una sentenza profferita tra Payen e la Vigneron, esclude questa dalle sue istanze per espropriazione, a accorda la preferenza all' azione di resoluzione.

Durante il termine dell'appello, la Vigneron cede a Blin i suoi dritti di credito sopra i conjugi Lecerf, con tutte le azioni che vi sono annesse.

Il cessionario notifica il suo atto

(1) 9 Marzo 1811 (Sirey, 12, 2, 78). Questa decisione non si trova nella raccolta di Dal., v° *Vente*.

(2) *Junge*, Duranton, t. 16, n. 534.

(3) Giudicato conforme della corte di cassazione del 19 Agosto 1806 (Dal., *Vente*, p. 926).

(4) Decisione della corte di cassazione del 27 Luglio 1826 (Dal., 26, 1, 433).

(5) Dal., 30, 2, 48.

di trasferimento a Payen, e gli dichiara appellarsi della sentenza ottenuta da esso, che toglie alla Vigneron il benefizio delle sue istanze. Allora Payen scende alle offerte reali, conforme all' art. 1699 del Codice civile.

Blin sostiene che l'art. 1700 osta al considerare il suo trasferimento siccome soggetto al retratto di dritti litigiosi; che il credito da esso comprato è chiaro, liquido, incontrastabile nel suo principio; che non può darsi lite fuorchè sulla sua esecuzione.

Ma col giudicato suddetto la corte di Rouen decide che la Vigneron ha venduto un dritto litigioso.

Per formarsi un concetto giusto di cotesta decisione, bisogna esser certi intorno all' oggetto del dibattimento impegnato fra la Vigneron e Payen. Ambidue erano creditori dei conjugi Lecerf, e volevano esercitare il dritto di questi; ma non andavano d' accordo intorno al miglior modo di provvedere ai loro interessi. La prima voleva un decreto di espropriazione, il secondo una resoluzione del contratto. Quella pretendeva l' esercizio dell'azione ipotecaria privilegiata, che compete al venditore non pagato, questi pensava che fosse preferibile attenersi all'azione *ex empto*, per farsi immettere nel possesso dei beni.

Ora, in qualunque modo si voglia considerare cotesta posizione rispettiva, non è possibile vedere in che cosa il dibattimento potesse reagire sul credito della Vigneron e comprometterne la esistenza. Payen non negava la legittimità di quel credito; voleva soltanto fargli assegnare un modo di esecuzione diverso da quello che era stato posto in pratica dalla Vigneron. In tuttociò non m' è possibile scorgere il perchè potevasi applicare l'artic. 1700. Altro non vedo fuorchè la corte di Rouen autorizzò Payen a esercitare il retratto forzato di un credito di 1,800 fr. che in verun modo era litigioso!!! ch' egli è divenuto creditore dei conjugi Lecerf, malgrado la Vigneron, e mentrechè il credito di quella signora non era esposto a verun contrasto intorno alla sua legittimità!! Mi sembra dunque che la corte di Rouen abbia posti in non cale i veri principj, ed abbia interpetrato l'artic. 1700 con dottrine oggimai antiquate, che più non convengono allo spirito del Codice civile.

994. 5° Ma quando il merito del dritto è posto in dubbio, non bisogna esitare ad applicare l'art. 1699.

La corte di Riom aveva però esitato a farlo nel caso in cui un venditore aveva intentata l'azione in rescissione di un contratto di vendita, e in cui il compratore pretendeva che non vi fosse lesione. Siccome il compratore non si era opposto alla perizia, la corte di Riom aveva pensato che l'azione di rescissione non era impugnata, che il contraddittore l'aveva consentita, e che perciò non vi era litigio.

Ma questa decisione fu annullata dalla corte di cassazione il 13 Febbrajo 1832 (1). Imperocchè, consentendo alla perizia, l' acquirente aveva fatto delle riserve che dimostravano com' egli era lungi dal credere all' esistenza della lesione.

995. 6° Quando la discussione si aggira sulla forma, havvi luogo all'esercizio del retratto. Imperocchè la forma va unita al merito stesso del dritto (*forma dat esse rei*), e la nullità porta seco la perdita del credito.

Sono possessore di un testamen-

(1) Dal., 32, 1, 101.

to di cui chiedo l'esecuzione. L'erede del sangue mi oppone una nullità di forma. È chiaro che, se vendo durante il dibattimento giudiciario il mio dritto alla eredità, avrò alienato un dritto litigioso. Imperocchè non posso pretendere la qualità di erede fuorchè in virtù di un testamento regolare, e la lite promossa sulla forma dell'atto minaccia essenzialmente il merito del mio dritto.

996. Fu detto assai intorno a ciò per rendere chiaro al lettore il vero concetto dell'art. 1700. Passiamo alle altre difficoltà che sorgono dalla materia delle cessioni di dritti litigiosi.

La natura di questo genere di trasferimento deve occuparci un poco.

Con una vendita simile, non si cede tanto un credito, quanto l'evento incerto della lite promossa. *Venditur dubius litis eventus.* Perciò i compratori di dritti litigiosi vengono chiamati *litium redemptores.*

Segue da ciò, che diversamente dalle vendite di crediti e altri dritti incorporali, il trasferimento di dritti litigiosi non comporta garanzia. Il cedente non promette che il credito esista; egli vende una cosa eventuale, vale a dire una pretensione bene o male fondata, che il compratore s'incarica far valere a proprio rischio (1).

Ma il venditore deve consegnare al cedente tutti i titoli che possono sostenere la domanda da lui intentata.

997. Per quanto concerne la capacità delle parti contraenti, una particolarità nella vendita dei dritti litigiosi si è la proibizione di cotesta sorta di contratti alle persone enumerate nell' artic. 1597 del Codice civile.

998. Perchè la cessione dei dritti litigiosi possa produrre il suo effetto contro il debitore, è indispensabile che venga notificata, come ogni altro trasferimento.

Cionnondimeno, non credo che questa notificazione possa privare il debitore del dritto che aveva di procedere fin dall'origine della lite contro l'attore nominato, finchè questi non si è fatto escludere.

Così giudicò la corte di Trèves, con sentenza del 3 Giugno 1807 (2). Essa ha deciso valido un appello notificato dopo la dichiarazione del trasferimento al creditore originario.

999. Le offerte che il debitore è autorizzato a fare per esercitare il retratto dei dritti litigiosi, possono farsi in qualunque siasi stato della causa, anche in appello (3). Imperocchè esse non costituiscono una nuova domanda; sono tutto al più una difesa all'azione diretta contro il debitore, il quale fa venir meno l'azione, pagando i disborsi fatti dal cessionario. Pothier opina che se la lite fosse in procinto di essere giudicata, e però il debitore vicino a soccombere in conseguenza delle diligenze del cessionario per provare la legittimità del credito, non si potrebbe ammettere il retratto; imperocchè le cose non sarebbero più intiere, e il debitore avendo voluto sostenere la lite fino alla fine, non potrebbe valersi del benefizio di una disposizione introdotta soltanto per prevenire dei litigj rovinosi.

Credo che secondo le circostanze, questo motivo d'inammissibilità si debba prendere in considerazione. Si potrebbe sempre basare sopra una presunzione di renunzia autorizzata dalla condotta del debitore.

(1) Pothier, *Vente*, n. 585.
(2) Dal., *Vente*, p. 925.
(3) Giudicato di Rouen del 1° Dicembre 1826 (Dal., 30, 2, 46. Pothier, *Vente*, n. 595).

1000. Il debitore deve pagare il prezzo capitale, come pure gl'interessi, le spese legali e disborsi fatti dopo la notificazione del trasferimento (1), fino alle offerte soddisfacenti; in somma egli deve rendere il cessionario indenne. *Usque ad ipsam solummodo* SOLUTARUM *pecuniarum quantitatem et* USURARUM EJUS, dice l'imperatore Anastasio nella costituzione che abbiamo citata sopra (n. 985).

1001. La facoltà di esercitare il retratto di dritti litigiosi, ha luogo tanto se trattasi di un credito, quanto se trattasi di un immobile sottoposto a una lite.

Così decideva de Lamoignon nelle sue deliberazioni (2), e ciò non mi sembra essere stato oggetto di dubbio nell'antica giurisprudenza (3).

Ma la corte di cassazione ha opinato diversamente in una decisione 24 Novembre 1818 (4).

« Attesochè la surrogazione alle « cessioni di dritti litigiosi, autoriz-« zata dall'art. 1699 del Codice civile, « ha solo in mira i crediti e altri drit-« ti incorporali; che perciò è inappli-« cabile agl'immobili, i quali, essen-« do corpi certi e determinati, non « sono compresi nelle disposizioni di « quell'articolo. »

Questa decisione mi sembra offrire un esempio degli errori troppo frequenti della giurisprudenza.

Il comune di la Roche-Canillac, reclamava contro Speher il bosco della Veillière. Tra gli altri mezzi, faceva valere che all'epoca in cui Speher ne divenne acquirente, il suo venditore, Rogery, era in lite col comune; così offriva a Speher di rimborsargli il prezzo che aveva pagato (5).

Ridotta in termini sì semplici, la quistione non poteva esser dubbia, e la corte di cassazione, decidendola in dritto contro il comune, ha consacrato un errore evidente.

Importa poco infatti che l'oggetto comprato sia mobile, immobile, o anche incorporale, come de Lamoignon lo aveva benissimo riconosciuto coi dotti giureconsulti che lo ajutarono nel lavoro. La ragione di ciò si è che una simile vendita è molto meno l'alienazione della cosa stessa, che la cessione di una lite, *dubius litis eventus* (6). Ora, una lite è un dritto incorporale, qualunque siasi l'oggetto suo, e il Codice non ha mentito quando ha posto gli art. 1699 e seg., sotto la rubrica *Della cessione dei crediti e delle altre ragioni incorporali.* Questo è ciò che la corte di cassazione avrebbe potuto facilmente scorgere riferendosi ai principj svolti intorno a ciò dal maestro della materia, Pothier (7).

Non solo alla corte di cassazione è sfuggita la vera natura della cessione di un dritto litigioso, ma la mede-

(1) Lamoignon, t. 1, p. 143, n. 24, e t. 2, p. 159.

(2) T. 1, p. 142, n. 24. Ho citato i termini di quel giureconsulto, *supra*, n. 986.

(3) Ferrières, sopra Parigi, art. 108, § 3, n. 5, dice: « Le cessioni delle AZIONI e COSE litigiose sono « permesse in Francia, ma conformemente alle leggi « *Per diversas* e *Ab Anastasio*. » E l'autore del supplimento alle Opere di Henrys applica ancora le leggi citate alla cessione dei dritti litigiosi seguenti: dritti successorj, azioni, vendita di un debito o di un *dritto sopra una terra o signoria* (t. 4, p. 524, col. 2).

(4) Sirey, 19, 1, 205. Non ho trovato questa decisione in Dalloz.

(5) Bisogna convenire che la domanda del comune era espressa in un modo vizioso. Esso non domandava il retratto fuorchè *sussidiariamente*, incorrendo così nell'errore che abbiamo dimostrato al n. 987, errore che doveva far rigettare la sua domanda. Ma la corte di cassazione non ha esaminato l'affare sotto questo aspetto.

(6) *Supra*, n. 996.

(7) Al n. 996 ho semplicemente riferito i suoi principj.

sima si è inoltre costituita in opposizione coll'art. 1701 del Codice civile, che abbatte in termini espressi il fondamento della di lei decisione (1).

Quell'articolo dice infatti che il retratto non avrà luogo quando la cessione fu fatta al possessure *del fondo soggetto al dritto litigioso;* e, come lo vedremo in seguito analizzandolo, esso suppone che possa esservi stata cessione di un dritto di proprietà immobiliare contrastato tra le parti. Dunque ammette implicitamente che le disposizioni dell'art. 1699 non sono estraneo al caso in cui si vende un immobile litigioso.

La conseguenza è decisiva. Poniamo un esempio per farla meglio apparire.

Io sono in possesso di un fondo di cui mi credo proprietario. Pietro mi muove lite perchè io glielo abbandoni. Francesco interviene, e pretende anch' egli il fondo litigioso siccome suo. Per liberarsi dalle pretese di Pietro, compro il dritto di Francesco, che ne' suoi titoli ha mezzi idonei a respingere l'azione di Pietro. La compra del suo dritto sull'immobile equivale in altri termini all' acquisto dell' immobile stesso, ma coll'onere della lite cui va sottoposto. Or bene, l'art. 1701, che prevede questa difficoltà, e che mi dispensa dal retratto, non dice che io ne sono liberato perchè comprai un immobile; esso dice cho suno al cuopertu da un ricorso, perchè sono possessore dell'immobile che mi si vuole togliere, e perchè non agisco con animo litigioso, ma sibbene per conservare il mio pussesso. Ma se io non fossi possessore del fondo, la cosa procederebbe altrimenti; se, per esempio, Pietro avesse comprato il dritto di proprietà litigioso di Francesco, l' art. 1701 somministra un argomento invincibile per far decidere che il retratto avrebbe luogo a favore di quello cui tornasse vantaggioso di esercitarlo.

1002. Si domanda se l'art. 1699 è applicabile quando la cessione di dritti litigiosi fu fatta mediante permuta.

L'affermativa venne giudicata dalla corte di cassazione, 19 Ottobre 1813 (2). È vero che nel caso di quel giudicato trattavasi del retratto successorio ammesso dall' artic. 841 del Codice civile. Ma i principj sono identici, e vuolsi anzi osservare che per giungere a cotesto risultamento, la corte reale di Limoges, ch'ebbe confermata la sua decisione dalla corte regolatrice, si era particolarmente basata sullo spirito delle leggi *Per diversas* e *Ab Anastasio*, che non fanno veruna distinzione, e sono, come ho già detto, la sorgente dell' art. 1699 del Codice civile. La circostanza che l'acquisto della lite fu fatto mediante permuta, non altera in verun modo le savie disposizioni dell' artic. 1699, di cui l'applicazione deve necessariamente estendersi a tutti i casi in cui un compratore specula sull'evento di una lite, e ne intralcia l'esito presentandosi in luogo del vero proprietario. Ma il retraente non sarà tenuto di rendere la cosa data in cambio; basterà che ne rimborsi il prezzo (3).

1003. Nell'articolo seguente ci occuperemo dei casi di eccezione in cui il retratto non può aver luogo, quantunque abbiavi cessione di un dritto litigioso.

(1) V. gli esempj che propongo al n. 1005 e specialmente al 1008.

(2) Dal., *Succession*, p. 492. Sirey, 15, 1, 112.
(3) Ciò risulta dai giudicati suddetti.

ARTICOLO 1701.

La disposizione dell'articolo 1699 cessa,

1° Nel caso in cui la cessione siasi fatta ad un coerede o comproprietario del dritto ceduto;

2° Quando fu fatta ad un creditore in pagamento di quanto gli è dovuto;

3° Quando sia stata fatta al possessore del fondo soggetto al dritto litigioso.

SOMMARIO.

1004. Delle eccezioni agli articoli precedenti. Connessione.
1005. *Prima eccezione.* Della cessione fatta a un coerede e a un comproprietario del dritto ceduto.
1006. Seguito.
1007. *Seconda eccezione.* Di una cessione di dritti litigiosi fatta a titolo di dazione in pagamento.
1008. *Terza eccezione.* Quando la cessione è fatta al possessore del fondo soggetto al dritto litigioso. Esempj.
1009. *Quarta eccezione.* Della cessione a titolo gratuito. *Quid*, di una donazione mista?
1010. Della cessione di dritti litigiosi fatta a titolo d'anticipazione di eredità.
1011. *Quinta eccezione.* Quando il dritto litigioso è l'accessorio e la conseguenza di un dritto principale non litigioso.
1012. Costituzione greca di Giustiniano mancante di equità e non mai seguita nel dritto francese.

COMENTO.

1004. L'art. 1701 prevede tre casi di eccezione all'artic. 1699. Havvene un quarto che risulta dal cumulo degli articoli del Codice civile e delle leggi Romane. Ne parleremo in breve.

1005. La prima eccezione segnata dal nostro articolo ha luogo quando la cessione del dritto litigioso fu fatta a un coerede, oppure a un comproprietario del dritto ceduto (1). Ciò era stato deciso dall'imperatore Anastasio nella sua celebre costituzione *Per diversas*, 22, C. *Mand. vel cont.* « Exceptis scilicet cessionibus quas inter « cohæredes pro actionibus hæreditariis fieri contingit. »

Osserviamo però che i termini del nostro articolo sono meno precisi di quelli della legge Romana. Questa limita l'eccezione al caso in cui la cessione è fatta da coerede a coerede, e in cui conseguentemente, il compratore è stato mosso, non dal desiderio di comprare una lite, ma dal bisogno di cessare dalla indivisione (2). Supponiamo, per esempio, un credito indiviso tra Pietro e Paolo, e contrastato giudicialmente da Francesco, debitore. Pietro acquista la parte di Paolo. Francesco non potrà esercitare il retratto; perchè la cessione non è fatta *animo vexandi*. Le disposizioni rigorose contro i compratori di liti, non debbono impedire le divisioni.

Supponiamo ancora che, essendo comproprietario con Paolo di un immobile in cui ho la metà, io voglia cessare dalla indivisione seco lui, perchè l'animo suo litigioso mi reca continue molestie; io compro la sua par-

(1) Pothier, *Vente*, n. 594. Decisioni citate da Brodeau, sopra Louet, lettera C, § 5, Répert., v° *Droits litigieux*.

(2) Pothier, *loc. cit.*, e Cujacio, sul titolo del C. *Mandat.* Lebrun, *Success.*, lib. 4, cap. 2, sez. 5, n. 68.

te. Se all' epoca di questa compra Paolo ha lite sul suo dritto di proprietà con Francesco, questi non sarà in dritto di prevalersi del retratto. Io ho comprato *rem necessariam*. Ho soltanto voluto far cessare l' indivisione.

Ecco il caso preciso della costituziono di Anastasio (1).

Ma il nostro articolo non è concepito con tanta precisione. Attenendosi alla generalità delle sue espressioni, parrebbe che il retratto non dovesse aver luogo quando anche la cessione fosse fatta da un estraneo a un coerede o comproprietario del dritto ceduto. Per esempio, io ho un credito di 10,000 fr. contro una successione posseduta in comune da Pietro e Paolo, ed intento una lite a quei due individui per farmi pagare. Ma, durante la causa, vendo il credito a Pietro. Paolo potrà esercitare il retratto? o potrà Pietro trarre argomento dall'art. 1701, che non distingue se la cessione fu fatta da un estraneo o da un coerede a uno dei comproprietarj?

1006. Nell'antica giurisprudenza il compratore sarebbe stato costretto dal suo coeredo a riporre nella massa il credito acquistato, rimborsandogli ciò che avesse realmente pagato (2).

Credo che l' art. 1701 del Codice civile abbia l' istessa mira. Esso fu concepito collo stesso spirito dell'antico dritto, cui nulla dimostra che abbia voluto derogare. Perchè, d' altronde, avrebbe esso dovuto fare una innovazione? Conviene ammettere una di queste due cose: o il coerede ha voluto agire nell' interesse della successione o della communione, oppure nel suo proprio interesse. Nel primo caso, lungi da fargli danno esigendo il retratto, si adempiono le sue mire; perchè la successione o la communione approfittano così del suo zelo officioso. Nel secondo caso, egli non ha fatto altro fuorchè comprare una lite contro la successione o la communione, e allora la circostanza di essere coerede o comproprietario, anzichè favorirlo, aggrava al contrario la di lui posiziono; imperocchè, nella sua qualità, egli deve più che altri evitare tuttociò che può intralciare la divisioue e suscitare delle discussioni. Essendo obbligato di comunicare a'suoi consorti tutti i vantaggi ch'ei ritira dalla cosa comune (3), non ha scuse, quando con mezzi illeciti cerca di far migliore la sua quota (4).

1007. La seconda eccezione all'artic. 1699 ha luogo quando la cessione fu fatta a un creditore in pagamento di quanto gli era dovuto. Così prescriveva la costituzione di Anastasio. Se ne comprende facilmente la ragione.

Quando un creditore si fa cedere, in pagamento di ciò che gli è dovuto, il dritto litigioso che il suo debitore ha contro un terzo, non si presume che agisca con animo vessatorio. Egli provvede semplicemente alla conservazione de' suoi interessi, e prende

(1) V. altri casi simili in Brodeau, sopra Louet, *loc. cit.*

(2) V. le decisioni del 29 Aprile 1589, e 27 Luglio 1610, riferite da Louet e Brodeau, lettera C, § 5, e profferite sul fondamento della l. 89, § 4, D. *De legat.*, 2°. *Junge*, Lacombe, v° *Transport*, n. 25. Bretonnier, sopra Henrys, t. 2, p. 178, n. 6. Lebrun, Success., lib. 4, c. 2, sez. 5, n. 65 e 67.

(3) Cohæredes debent inter se communicare commoda et incommoda (L. 19, D. *Fam. ercisc.*).

(4) Duranton trova la quistione talmente difficile che non osa risolverla (t. 16, n. 539). Ma egli si è lasciato dominare dalla lettera dell' art. 1701. Credo che internandosi nella mente del legislatore, ogni difficultà venga meno.

da un cattivo pagatore ciò che gli presenta qualche speranza per essere rimborsato (1).

1008. La terza eccezione all'artic. 1699 si presenta quando la cessione è fatta al possessore del fondo soggetto al dritto litigioso. Anch'essa è tolta dalla costituzione di Anastasio.

Primo esempio. Io posseggo un fondo appartenente a Pietro, e questi lo rivendica contro me, mentre Francesco interviene anch'egli per ottenerne la proprietà esclusiva (2). Pietro mi vende il suo dritto durante la causa. Francesco non potrà esercitare il retratto; imperocchè io non ho comprato quel dritto da Pietro, fuorchè per conservarmi il possesso dell'immobile in contestazione. *Rerum apud se constitutarum munimine ac tuitione accepit*, dice Anastasio (3).

Secondo esempio. Io ho comprato un fondo, e un creditore ipotecario del mio venditore mi cita per l'abbandono. Chiamo in causa il mio venditore coll'intento di guarentirmi. Questi niega di essere debitore. Ma io, volendo assicurare la conservazione del fondo, di cui m'importa assai il possesso per le spese e i miglioramenti che vi ho fatti, compro il dritto del creditore istante. Il mio venditore non potrà in questo caso pretendere l'esercizio del retratto; perchè ho inteso conservare il mio immobile quando ho comprato il dritto del creditore sul mio venditore, volendo così allontanare il creditore medesimo. Qui nulla havvi che assomigli a una compra di lite *vexandi libidine*.

Terzo esempio. Io posseggo un fondo che appartiene altrui. Ma, per mantenermi in quel possesso, mi faccio cedere un dritto di enfiteusi, di superficie o di affitto che è litigioso tra il proprietario ed un terzo (4). L'articolo 1699 è inapplicabile.

Quarto esempio. Io sono creditore ipotecario, e il debitore mi ha consegnato a titolo di anticresi, un immobile la di cui proprietà gli è contrastata da Giacomo. Se compro dal mio debitore il dritto di proprietà, Giacomo non avrà ragione per esigere il retratto; imperocchè io ho acquistato *rem mihi necessariam*. Io mi sono sostituito al mio debitore soltanto per farmi mantenere ne'miei dritti di creditore che sarebbero stati sacrificati se avessi lasciato Giacomo trionfare sull'azione in rivendicazione che egli esercitava (5).

Questi esempj basteranno per far comprendere tutto il significato del mio articolo.

1009. Una quarta eccezione all'art. 1699 ha luogo quando la cessione di dritti litigiosi è fatta a titolo gratuito.

L'imperatore Anastasio aveva deciso la cosa in questo modo: « *Si autem per donationem cessio facta est,* « *sciant omnes hujusmodi legi locum* « *non esse.* »

L'art. 1701 non ha consacrata questa eccezione tra quelle che enumera. Ma dev'essere una dimenticanza; poichè non ha pensato a condannare come odiosa la donazione di un dritto litigioso e ad assomigliarlo ad un acquisto inspirato dalla cupidigia e

(1) Sentenza di cassazione, 23 Germile anno IX (Dalloz, *Vente*, pag. 925, nota 2. Pothier, *Vente*, n. 594. Fabro, Cod., lib. 4, t. 26, def. 9).

(2) Goffredo dà un esempio analogo sulla leg. 22, C. *Mand.*, nota e. V. anche Brodeau, sopra Louel, lettere C, § 13, e Lacombe, v° *Transport*, n. 10.

(3) V. Cujacio, 16, Observ. 16.

(4) Quest'esempio è dato da Cujacio (Récit. solenn., C. *Mandat.*).

(5) *Junge*, Duranton, l. 16, n. 541.

dalla mania di litigare. D'altronde ciò che supplisce a un tal silenzio si è l'impossibilità di applicare l'art. 1699 al caso di una donazione. Infatti, il retratto è sempre subordinato al pagamento del prezzo della cessione; bisogna concludere da ciò che la cessione deve avere un prezzo, vale a dire, che dev'esser fatta a titolo oneroso; imperocchè s' essa è a titolo gratuito, se nulla fu pagato, la disposizione dell' artic. 1699 cade per mancanza di oggetto (1).

Ma bisogna che la donazione sia sincera e vera: se fosse provato che il cedente ha ricevuto segretamente un prezzo che fu dissimulato, vi sarebbe frode, e il retratto verrebbe esercitato (2).

Quid, se la donazione fosse accompagnata da un onere e mischiata da un prezzo inferiore al valore del credito (3)?

La ragione di dubitare si è, che, secondo quanto ho detto al n. 9, un contratto simile partecipa tanto della natura di donazione, quanto della natura di vendita; che avvi manifesta donazione per tuttociò che eccede il valore della cosa; e che nel concorso di due contratti di cui l' uno autorizza il retratto, mentre che l' altro lo respinge, bisogna decidersi pel partito che fa valer l'atto.

Ma la ragione di decidere emerge dalla legge 23, al C. *Mandati vel contra*, giusta la quale Giustiniano vuole che per dichiarare inammissibile il retratto, bisogna che la donazione sia pura e semplice.

Ecco le sue parole notabili.

« Sed cum hi, qui circa lites morantur, eamdem piam dispositionem « in sua natura remanere minime concesserint, invenientes machinatio« nem, ut partem quidem debiti, ven« ditionis titulo, transferant in alium « creditorem, reliquam autem partem « *per coloratam* cedant donationem: « generaliter anastasianæ constitutio« ni subvenientes, sancimus, nulli li« cere *partem quidem debiti cedere*, « *pecuniis acceptis*, partem *autem do*« *nationis titulo videri transferre: sed* « *si voluerit debitum* TOTUM PURE *do*« *nare et per donationem actiones* « *transferre*, non occulte, NEC, *per* « *artes clandestinas*, PECUNIAS SUSCI« PERE, ... *undique* PURAM *et non dis*« *simulatam facere donationem*, hu« jusmodi enim cessionibus non ad« versamur. § 1. Si quis autem .... *pe*« *cunias* PRO PARTE *accepit* et vendit « particulatim actiones, partem au« tem donare simulat, ... hujusmo« di machinationem penitus amputa« mus, ut nihil amplius accipiat quam « ipse vero contractu reipsa persol« vit; sed omne quod superfluum est, « et per simulatam donationem tran« slatum, inutile esse ex utraque par« te censemus. »

Il concetto di Giustiniano è chiaro. Cercavasi eludere la costituzione di Anastasio passando atti di cessione misti di donazione. Volevasi abusare della disposizione con cui quella saggia costituzione proibiva alterare le trasmissioni di azioni fatte per via di donazione. (*Si autem per donationem cessio facta est, sciant omnes hujusmodi legi locum non esse.*) Dando il titolo di donazione a delle cessioni che

(1) Giudicato della corte di Tolosa del 13 Dicembre 1830 (Dalloz, 31, 2, 251). Pothier, *Vente*, n. 592. Duranton, t. 16, n. 537.

(2) Pothier, n. 593. Giustiniano, legge *Ab Anastasio*, C. *Mandat.*

(3) Come, per esempio, noe rendite vitalizie, e de' disborsi a farsi per pagare delle somme dovute dal donatore a dei terzi.

avevano un prezzo, credevano sottrarsi alla previdenza del legislatore e porsi in salvo dalle sue proibizioni. Ora, è questo l'abuso che Giustiniano intende prevenire, e, per estirparlo intieramente, vuole che le sole donazioni fatte puramente e semplicemente siano al sicuro dal retratto. Quanto a quelle che vengono fatte con un onere, bisogna che subiscano la legge comune; la ragione e la forza delle cose esigono imperiosamente che cedano sotto l'impero della costituzione di Anastasio; altrimenti si annullerebbe una esclusione stabilita a favore dei costumi. È noto infatti che gli acquisti di liti si fanno sempre a prezzo vile. Non accade mai che la somma sborsata dal compratore sia l'equivalente dell'ammontare del credito che gli viene ceduto. Basterebbe dunque dire che il venditore dona il di più al compratore, perchè questi godesse di speranze fondate sulla lite ch'egli ha desiderata!!! No, per certo! Il prezzo di cotesta sorta di cessioni non essendo e non potendo essere in proporzione del credito trasferito, ne segue ch'esse contengono necessariamente in sè il sacrifizio di una porzione per aver l'altra. Ora, in questo stato, sarebbe troppo facile colorire la viltezza del prezzo col nome di donazione e di liberalità. Nessuna cessione potrebbe escludersi dal numero delle eccezioni alla costituzione di Anastasio, qualificandola di donazione. Ma queste arti non debbono muovere l'animo del giudice. Quando una pretesa donazione di dritti litigiosi venga fatta con un onere o con un prezzo, lo spirito di liberalità non è talmente accennato, puro, sciolto da ogni motivo d'interesse, che tolga alla cessione il carattere di contratto commutativo. Quel che si richiede soprattutto, si è che la vilezza del prezzo non giovi al compratore di protezione e di salvaguardia; imperocchè è una circostanza più aggravante che favorevole. *Emi autem*, dice Cujacio, *non possunt actiones parvo pretio. Nam et hoc accedit ad redemptionem litis. Nam id tacite id egit, ut quod supra pretium ex lite consecutus fuerit, sibi habeat, et ita ferat partem futuri emolumenti* (1).

In altri termini, in questa materia ogni donazione con un onere è una vendita. L'atto non può scindersi. Dove esiste un prezzo, la legge del retratto deve ricevere la sua applicazione. Che cosa è una donazione con onere? È in parte una vendita, in parte una donazione. Or bene; lo spirito delle leggi Romane si è che, per andare esente dal retratto, la donazione dev'essere senza miscuglio di vendita. Gli autori concludono così le loro disposizioni: « *Res litigiosa* IN TO-« TUM *donari potest, pro parte vendi* « *non potest* (2). »

E siccome colui che riceve una donazione mista compra in parte il credito litigioso, così ne segue ch'egli non è donatario nel senso della legge,

(1) Sul titolo del Cod. *Mand. vel contra*, p. 381.

(2) Goffredo, sulla leg. 21, C. *Mand.* Brunnemann, su quella legge, n. 3, dice: « *Ampliatur regula... ita* « *est dicatur instrumento pro parte venditam, pro parte* « *donatum.* » Cujacio si esprime anch'egli in questi termini: « *Item, si quis partem actionis emat, partem* « *quasi donatum occupat, videtur improbæ redemptioni* « *color quæsitus.* » (Sul titolo del Cod. *Mand. vel contra*). E Connano, lib. 7, c. 8, p. 113, col. 2: « Oportere autem aut *donari totam* aut *totam vendi*, vel « permutari; quod emptioni adjecta donatio totam cessionem faciat suspiciosam, et certe quidem violandæ « anastasianæ prohibitionis magnam det potestatem. »

e che deve soffrire il retratto. La decisione di Giustiniano non comporta il minimo dubbio.

Havvi sotto il Codice civile una ragione di più. Ho detto dianzi che l'art. 1701 non ha fatto, a favore della donazione, eccezione formale all'artic. 1699, ma che l'impossibilità di applicare quest'ultimo articolo, nel caso di liberalità, riconduce il dritto nuovo al disposto della costituzione di Anastasio. Ma poniamo mente, che cotesta impossibilità non esiste fuorchè quando la donazione è pura e semplice, e non avvi prezzo. Che se, al contrario, la donazione è fatta mediante un onere da valutarsi in danaro, per esempio, una rendita vitalizia o altra prestazione simile, l'impossibilità sparisce, e l'art. 1699 riassume tutta la sua influenza. Poco importa il titolo vano di donazione. L'art. 1701 non ne fa l'oggetto di una eccezione all'art. 1699. Quest'artic. 1699 deve eseguirsi rigorosamente e senza limitazione, ogniqualvolta esiste un PREZZO, e non ci troviamo in uno dei casi preveduti dall'art. 1701. Questo confronto mi sembra decisivo: esso fortifica con un argomento di più le regole tanto ragionevoli e logiche della costituzione di Giustiniano.

1010. I motivi che fecero escludere le donazioni pure e semplici dall'impero dell'artic. 1699, parlano egualmente in favore delle trasmissioni fatte a titolo di anticipazione di eredità e delle dimissioni di beni litigiosi. Credo anche si dovrebbero mantenere, quando pure il cedente si fosse riservato il pagamento di una rendita vitalizia, e in questo caso non si potrebbe argomentare da ciò che ho detto al numero precedente. Questa sorta di atti, che hanno luogo soltanto tra ascendenti e discendenti, riescono utilissimi per formare uno stato ai figli, e la legge li considera favorevolmente. Essi sono un'attribuzione anticipata della successione dell'ascendente; non fanno fuorchè affrettare ciò che la legge farà un poco più tardi, e ne cambieremmo la natura se gli assomigliassimo ad acquisti di liti: si toglierebbe loro il carattere di beneficenza, di generosità, di aggiustamenti di famiglia, che è impresso in essi, per sostituirvi quello di vili speculazioni sulle altrui facoltà. Il retratto, in simil caso, sarebbe immorale: oltraggerebbe gli affetti del donatore; urterebbe di fronte il concetto al tutto paterno che indusse l'ascendente a spogliarsi anticipatamente in favore di quelli soli che la natura ha chiamati a succedergli. Quanto alla specie di prezzo che taluno vuol vedere nella rendita vitalizia, dobbiamo considerare che i discendenti debbono gli alimenti *jure sanguinis* ai loro ascendenti che si spogliano per essi. Questa rendita è molto meno un prezzo che un debito imposto dalla natura.

Ciò fu giudicato dalla corte di cassazione 15 Marzo 1826 (1) in un caso che una donna ottuagenaria aveva fatto a' suoi figli, per una rendita vitalizia, cessione delle sue ragioni matrimoniali, intorno alle quali vigeva una lite.

1011. Una quinta eccezione, che non è preveduta dal nostro articolo, ma che è indicata dalla ragione, si è quando il dritto litigioso trovasi ceduto come conseguenza o dipendenza di un'altra cosa non litigiosa che è stata venduta.

Per esempio, voi mi avete venduto un podere coi crediti che avevate

(1) Dal., 26, 1, 202.

contro gli affittuarj. Se tra questi crediti ve ne sono alcuni litigiosi, non si può dire che gli ho comprati *animo vexandi:* io non ne divenni proprietario che in conseguenza dell'acquisto del podere, e perchè il venditore non ha voluto ritenersi nulla di ciò che i suoi affittuarj gli dovevano (1).

1012. Termineremo questa esposizione delle dottrine relative all'analisi dell'art. 1701, con un fatto istorico che Cujacio ha messo in luce (2). Giustiniano, in una costituzione greca che si trova nelle basiliche, ma che non venne inserita nel *Corpus juris*, aveva abrogato tutte le eccezioni apposte da Anastasio al dritto di retratto, autorizzato dalla costituzione *Per diversas*, salvochè pel caso in cui la cessione era totalmente gratuita.

Ma questa costituzione di Giustiniano è priva di equità. Essa non fu mai seguita nel dritto francese, e dobbiamo applaudire alle disposizioni dell'art. 1701 che temperano, mediante giuste limitazioni, la pena comminata dall'art. 1699. Il legislatore ha fatto prova di previdenza e di saviezza armandosi di provvedimenti rigorosi contro gli artefici di cause odiose. Ma diverrebbe ingiusto (e tale è il rimprovero che Giustiniano merita) se ponesse ostacoli ad aggiustamenti diretti con pensiero di sicurezza e di conservazione, ed estranei a qualunque secondo fine di ostilità e di molestia.

(1) Pothier, n. 595, secondo Brunemanno.

(2) Observ., 16. *Junge*, Pothier, *Vente*, n. 594.

FINE.

ADDIZIONE

ALL' ARTICOLO 1654 (n° 645).

A. Dalloz, che arricchisce il giornale di Dalloz seniore di annotazioni spesso utilissime, mi onora col citarmi (1) sulla quistione di sapere se le vendite di mobili vanno soggette alla resoluzione per mancanza di pagamento del prezzo (2). Ma egli crede che io non ponga alcuna differenza tra il caso in cui i mobili sono rimasti in mano al compratore e quello in cui ne sono usciti.

Questa osservazione fa sì che mi spiace di avere piuttosto supposta che dichiarata espressamente la enorme distanza che pongo tra queste due ipotesi. Aveva creduto che fosse inutile spiegare che la resoluzione si può soltanto chiedere contro i terzi quando la cosa è un immobile, e che non ha fondamento quando l'oggetto venduto è un mobile, non avendo seguito ai termini degli art. 2119 e 2279 del Codice civile. Del resto, potrà ognuno convincersi con ciò che ho detto nei numeri 624, 665, e soprattutto 730 di questo comento, essere stata mia mente rigettare affatto il dritto di seguito, o quello che è lo stesso, il dritto di resoluzione contro i terzi cui il mobile fu rivenduto. Il contrario sarebbe un errore talmente mostruoso nel dritto francese, che credo soverchia cura il confutarlo (3).

Vuolsi forse dire lo stesso quando il mobile venduto ha soltanto cambiato qualità in mano dell'acquirente primitivo, che per esempio, lo ha reso immobile per destinazione? Dalloz inclina per la non resoluzione con una decisione della corte di Parigi del 16 Agosto 1832, contro un giudicato della stessa corte del 10 Luglio 1833 (4). Ma confesso che l'opinione consacrata da quest'ultima decisione mi sembra preferibile. Ho toccata nel mio comento sopra i Privilegj e Ipoteche (n. 113) la quistione di sapere se la conversione di un mobile in immobile per destinazione offenda il privilegio del venditore, ed ho creduto poterla risolvere a favore del privilegio; imperocchè, da un lato la cosa non ha cambiato mani, e il dritto di seguito non va oltre il possesso quale venne determinato tra le parti contraenti; dall' altro, la cosa venduta sussiste materialmente nella forma stessa e co' medesimi elementi come all' epoca della vendita. Essa è tale quale era; n'è cambiata soltanto la destinazione, la qualità morale, e questa mutazione non è di quelle che si possano assomigliare alla perdita della cosa. Ho sostenuto questa ragione con un valido argomento desunto dall'art. 593 del Codice di procedura civile. Non si possono sequestrare i mobili che la legge dichiara immobili per destinazione. Per regola generale essi non possono andar soggetti all'azione

(1) Dal., 34, 2, 23, nota 6.

(2) Mio com. sulla Vendita, n. 646, e sulle Ipot., n. 192 e 193.

(3) V. Coquille, Quest. 63. Mio com. sulle Ipot., n. 395, e Bourjon, t. 1, p. 145.

(4) Dalloz, *loc. cit.*

giudiciale, salvochè col fondo cui appartengono. Questo è principio consacrato dall' art. 592 del Codice di procedura civile. Ma per una eccezione osservabile, il venditore di quelli oggetti viene autorizzato a colpirli in via di sequestro. E non è questa forse una prova certa che riguardo a lui essi rimangono mobili? che la mutazione da essi subita dopo la vendita non genera alterazione fondamentale, e che un semplice cambiamento di qualità è invalido a nuocere il dritto di proprietà personificato nel venditore non pagato?

Dunque, se il privilegio resta illeso malgrado il mutamento di un mobile in immobile per destinazione, non è chiaro che il dritto di resoluzione, più vivace ancora del privilegio, non può temerne offesa? Qual mezzo sarebbevi per privare il venditore, che chiede di rientrare in ciò che gli appartiene, della disposizione così espressa dell' artic. 593 del Codice di procedura civile?

Vorranno forse basarsi sull' interesse dei terzi di cui l' ipoteca peserà su quel mobile divenuto immobile per destinazione? Ma quest' interesse vien meno di fronte ai privilegj con che il legislatore volle soccorrere il venditore, e dinanzi a' principj che una equità arbitraria non deve distruggere. Come! se l'oggetto venduto fosse un immobile reale e non fittizio, i creditori ipotecarj sarebbero condannati a vedersi fuggir di mano, mediante l'azione resolutoria, un pegno che loro fu dato; e perchè è un mobile aspireranno ad un risultato migliore!! Ma come mai non vedesi che questa circostanza è indifferente, dacchè quel mobile non fu traslocato, e resta sottoposto a condizioni di possesso che rendono inapplicabile la massima: *I mobili non hanno seguito;* e poichè finalmente il legislatore ha egli stesso deciso nell'art. 593 del Codice di procedura civile, che una modificazione nella qualità morale della cosa non opera una di quelle trasformazioni che annullano il dritto in quella cosa! Questo è, se non m' inganno, quello che si potrebbe efficacemente rispondere ai creditori ipotecarj la cui ipoteca fosse posteriore alla riduzione in immobile per destinazione. Quanto ai creditori anteriori, si concepisce difficilmente che la corte di Parigi gli abbia considerati in posizione bastantemente favorevole per difenderli coll' art. 1654, con sua decisione del 26 Agosto 1832. E però è semplicissimo che quella corte abbia abbandonato quasi subito una giurisprudenza così male fondata.

Del resto, se la vendita di cui vien chiesta la resoluzione costituisse un atto di commercio reciproco, e se il compratore si trovasse in istato di fallimento, la resoluzione non potrebbe aver luogo, se i creditori vi si oppo-nessero. Imperocchè, in questo caso, il venditore non pagato ha soltanto, riguardo a questi, il dritto di rivendicazione (1).

(1) Art. 576 del Codice di commercio. Pardessus, t. 2, p. 313. Mio com. sulle Ipot., t. 1, n. 200.

TAVOLA ANALITICA

DELLE MATERIE

In Ordine Alfabetico.



(I numeri si riferiscono ai paragrafi dell'Opera.)

A

D

E

F

G

I

J

L

M

N

O

P

Q

T

V

FINE DELLA TAVOLA ANALITICA DELLE MATERIE.

INDICE DELLE MATERIE

Contenute in questo Volume.

FINE DELL' INDICE DELLE MATERIE.



